



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL:

UNA TEORÍA NORMATIVA

GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW:

A NORMATIVE THEORY

Héctor Iglesias Sevillano

Director:

Jorge Agudo González



Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica

Enero de 2020

DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS DOCTORAL

AUTOR/-A: HÉCTOR IGLESIAS SEVILLANO

DIRECTOR/-A(S): JORGE AGUDO GONZÁLEZ

PROGRAMA DE DOCTORADO: DERECHO, GOBIERNO Y POLÍTICAS PÚBLICAS

TÍTULO: DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: UNA TEORÍA NORMATIVA

Hago entrega de la citada tesis doctoral en tiempo y forma de acuerdo a la normativa vigente de la Escuela de Doctorado de la Universidad Autónoma de Madrid.

Asimismo, como autor de la citada tesis doctoral,

DECLARO:

- Que el documento responde al *Código de Buenas Prácticas en la Investigación* de Universidad Autónoma de Madrid.
- Que es un trabajo original y sin plagios, donde se han seguido los estándares internacionales de citación y normas de publicación.
- Que soy conocedor de que el incumplimiento de las declaraciones anteriores supone la anulación del título de Doctor/-a

Del mismo modo, **ASUMO** frente a la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento del compromiso ético de la presente declaración.

Madrid, 10 de DICIEMBRE de 2019

Fdo: D./D.^a _____

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo ha sido elaborado, como tesis doctoral, en la Universidad Autónoma de Madrid, en el Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica. El autor no puede olvidar tampoco la impronta de las dos estancias de investigación desarrolladas en la *Scuola* de Administración Pública (SPISA) de la Universidad de Bolonia. Los agradecimientos son obligados a los miembros de ambas instituciones, y pueden hacerse extensibles a todos aquellos con los que quien escribe ha tenido contacto, y de los que ha recibido incontable aprendizaje y ayuda. Entre ellos es inevitable mencionar a don FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, don JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, don FRANCISCO VELASCO CABALLERO, don JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ, don JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO, doña LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, doña MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN, don EDUARDO MELERO ALONSO y doña SILVIA DÍEZ SASTRE. Especial agradecimiento le debo a las dos personas que han guiado mi trabajo en los periodos de estancia, los Profesores don LUCIANO VANDELLI, q.e.p.d. y doña CLAUDIA TUBERTINI. A todos ellos debo, por unas razones o por otras, mi más sincero agradecimiento.

Necesariamente, y con mayor intensidad aún, debo agradecer particularmente su apoyo incondicional a mi director de tesis, don JORGE AGUDO GONZÁLEZ, auténtico guía para un trabajo que ha requerido durante cuatro años de una dedicación absoluta con exiguos descansos, y que precisamente por la misma satisfacción que genera tal trabajo, éste ha merecido la entrega de quien escribe.

En el terreno de lo personal, quiero expresar un especial agradecimiento a don PEDRO MÉNDEZ DE VIGO Y PUIG DE LA BELLACASA, don JOSÉ LUIS ITUARTE MARTÍNEZ-PEÑALVER y don PEDRO RUIZ SÁNCHEZ, que incluso llegó a leer -con esfuerzo rayano en el exceso- una versión anterior del presente trabajo. A ellos añadiré a mis compañeros de doctorado de la Universidad Autónoma de Madrid, cuya cita es demasiado larga como para entrar en este espacio. Mención singular merecen, sin embargo LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ, PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ, FERNANDO DE LOS SANTOS MENÉNDEZ, MAR ANTONINO DE LA CÁMARA y JORGE CASTILLO ALBELLA.

Por último, no puede faltar el agradecimiento a mi familia. Al igual que cada respiración y latido que me permite seguir viviendo, el presente trabajo debo rendirlo al honor de Don GIL ÁLVAREZ DE ALBORNOZ Y LUNA, como padre de todos en la familia colegial a la que pertenezco, y por otro al don ELISARDO IGLESIAS PARDO y don MANUEL SEVILLANO BRUN, q.d.e.p. Y todo lo que yo haga en honor de cualquiera de ellos será, de nuevo, siempre insuficiente. Ojalá el presente trabajo muestre, aunque sea en mínima medida, que en mí su obra ha fructificado, para que florezcan las Artes de la Paz.

En Madrid, a 12 de diciembre de 2019.

Héctor Iglesias Sevillano y Brun.

ÍNDICE.....	5
Resumen.....	11
Summary.....	12
INTRODUCTION.....	13
I. The concept of Law.....	13
II. The concept of Global Law.....	18
III. The corporate citizen.....	24
IV. Supranational private rules: concept or type?.....	34
V. Incorporation of private supranational rules within State Law.....	37
1. Between Public and Private Law.....	37
2. The topical nature of Global Law.....	39
3. An International Law approach and its failure.....	41
4. The theory of recognition.....	43
5. The so called «soft law».....	44
 PARTE § I. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES.....	48
§ Capítulo 1. Presupuestos dogmático-conceptuales.....	49
I. Justificación de la estructura del trabajo.....	49
II. Contexto socio-jurídico de las normas privadas supranacionales.....	51
1. Contexto político.....	51
2. Precedentes doctrinales.....	53
3. Sectores de referencia.....	55
4. Ejemplo. Internet y nuevas tecnologías.....	56
5. Algunos ejemplos de sectores diversos.....	59
6. Ejemplo. Derecho aeroespacial.....	60
7. La respuesta clásica del Estado: la norma reglamentaria técnica.....	63
III. Modelos y propuestas de Derecho Administrativo Global.....	65
IV. El Derecho del Estado Liberal económico como raíz jurídica inmediata.....	71
V. El Derecho estatal ante el fenómeno global.....	74

1. El Derecho económico.....	74
2. El Estado Social.....	76
3. El Estado Garante.....	77
4. El Derecho Administrativo.....	78
VI. Legitimidad y Legitimación.....	80
VII. Potestad y Función de relevancia jurídico-pública.....	83
VIII. Monismo jurídico estatal y Pluralismo jurídico global.....	86
1. El sistema como paradigma del monismo.....	86
2. Los orígenes del pluralismo como teoría.....	91
§ Capítulo 2. La teoría del Derecho y el discurso metodológico ante las normas privadas supranacionales.....	99
I. La metodología en el Derecho Global.....	99
II. La formación de los conceptos.....	104
1. Planteamiento general.....	104
2. El Derecho como concepto definido.....	107
3. Normas y no «estándares».....	113
4. Ejemplo. La normatividad de las normas privadas supranacionales.....	115
III. Los sujetos: el ciudadano corporativo.....	119
1. Breve alusión a la atribución de funciones jurídico-públicas a entidades privadas como fenómeno típico de nuestra época.....	120
2. Ejemplo introductorio. National Electric Code de Kansas.....	121
3. El ciudadano corporativo.....	124
4. Ejemplo. OCDE: rasgos generales.....	134
5. Ejemplo. OCDE: Las guías de conducta.....	136
6.1. Ejemplo. El sector financiero y bancario.....	140
6.2. Ejemplo. La función de policía en el Derecho Administrativo Global.....	142
7. Los principios del Derecho administrativo aplicables al ciudadano corporativo y sus procedimientos normativos.....	143
7.1. El principio de legalidad.....	147
7.2. El principio de acceso a la jurisdicción.....	149

7.3. ¿Servicio a los intereses generales y buena administración?.....	151
7.4. Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.	156
7.4.1. Ejemplo. Transparencia Internacional.....	159
7.4.2. Otros principios.....	161
7.5. Responsabilidad.....	163
7.6. El principio contradictorio y el deber de motivación.....	166
8. Ejemplo de conjunto de ciudadano corporativo (1): el Comité de Basilea.....	167
8.1. El sujeto: el Comité de Basilea.....	168
8.2. La norma: Basilea III.....	169
8.2.1. La concepción germánica.....	169
8.2.2. La concepción norteamericana.....	174
9. Ejemplo de conjunto de ciudadano corporativo (2): Las instituciones arbitrales...178	
IV. El objeto (1). El concepto de Derecho Global.....	181
1. Breve aclaración terminológica.....	181
2. El concepto de Derecho Global: los cuatro rasgos esenciales.....	182
2.1. Supraestatalidad.....	183
2.1.1. Ejemplo. Jurisprudencia Europea sobre la OMC.....	184
2.1.2. Breve referencia a la transnacionalidad.....	187
2.2. Tópica.....	190
2.3. Hibridación.....	191
2.4. Eficacia recepticia.....	193
V. El objeto (2). Las normas privadas supranacionales.....	194
1. Derecho público frente a Derecho privado: una necesaria discusión previa.....	194
2. Las normas privadas supranacionales ante las categorías del Derecho Administrativo.....	199
3. ¿Concepto o tipo?.....	203
VI. Conclusiones de la Parte § I.....	207

PARTE § II. LA TEORÍA DE LA RECEPCIÓN SUBJETIVA.....	211
§ Capítulo 3. La teoría dogmática de la incorporación de las normas privadas supranacionales al Derecho del Estado.....	212
I. Tópica y sistemática en las normas privadas supranacionales.....	212
II. Un intento internacionalista de sistematización: ¿normas privadas internacionales o supranacionales?.....	216
1. Ejemplo. Pecios históricos.....	218
III. La sistematización mediante la teoría de la recepción y su alegación en el proceso...	220
1. Las normas privadas supranacionales como cláusulas contractuales.....	220
2. Ejemplo. Incumplimiento contractual.....	224
3. El llamado Derecho blando o «soft law».....	226
4. La teoría de la recepción hartiana.....	229
5. La teoría de la recepción subjetiva.....	233
IV. Conclusiones de la Parte § II.....	239
 PARTE § III. TEORÍA DE LA RECEPCIÓN OBJETIVA.....	241
Capítulo § 4. Las relaciones interordinamentales o intersistémicas como modelo para la integración de las normas supranacionales en el ordenamiento jurídico estatal.....	242
I. Los modelos intersistémicos de referencia.....	242
1. El contexto: confrontando el problema desde un concepto de ordenamiento de la teoría comunicacional.....	242
2. Derecho Europeo frente a Derecho interno. Primacía frente a validez.....	245
3. Derecho Internacional Privado frente a Derecho interno.....	248
II. El procedimiento de legitimación de las normas privadas supranacionales	251
1. Introducción.....	251
2. La justificación del reconocimiento judicial de la norma privada supranacional..	254
2.1. El legalismo y su superación: Derecho vigente y Derecho disponible....	254
2.2. La equiparación de las normas supranacionales al Derecho extranjero como mecanismo aplicativo interno.....	258
2.3. La función del Juez como sujeto de control en el Derecho Administrativo Global. La discrecionalidad originaria de los Jueces como segundo fundamento de la aplicabilidad de las normas privadas supranacionales.....	259
2.4. Ejemplo. Cláusulas abusivas.....	265

2.5. La teoría de la discrecionalidad originaria y su control por parte del Derecho Administrativo Global.....	267
2.6. Distinción de la propuesta respecto del modelo de la transformación social.....	270
3. El judicial comity y los mecanismos judiciales de control de las normas supranacionales.....	276
3.1. Modalidades de control.....	277
3.2. Ejemplo. Conchyliculture.....	278
3.3. «Judicial Comity».....	283
3.4. Ejemplo. Corte Constitucional de Colombia.....	286
3.5. Ejemplo. Artículo 1124 CC.....	287
4. La tutela judicial efectiva en la aplicación de las normas privadas supranacionales.	288
III. Los instrumentos constitucionales de control.....	294
1. Los derechos fundamentales.....	294
1.1. Los Derechos Humanos como fundamento general.....	294
1.2. Los derechos fundamentales constitucionalizados.....	297
1.3. La institucionalización de los derechos fundamentales en el Derecho Europeo como modelo.....	298
2. El orden público.....	302
IV. Técnicas aplicativas que permitirían adecuar la norma supranacional odiosa a los principios de Derecho interno y su crítica.....	305
V. Ejemplo I. El reglamento FIFA.....	311
1. El sujeto y el objeto: la FIFA y sus reglamentos y códigos.....	311
2. Un conflicto típico regla supranacional-principio estatal: un supuesto general...	312
3. ...y un supuesto real: la Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, 18ª Sala de lo Civil, de 29 de agosto de 2018, asunto 2016/AR/2048.....	315
VI. Conclusiones de la Parte § III.....	316
 PARTE § IV. LA TEORÍA DE LA APLICABILIDAD FUNCIONAL.....	318
Capítulo § V. La norma de conflicto: el criterio de especialidad de la norma y la aplicabilidad funcional.....	319
I. El conflicto normativo de la norma supranacional ya integrada en el sistema estatal.....	319

1. Introducción.....	319
2. Jerarquía.....	320
3. Primacía en las normas privadas supranacionales.....	321
4. Y cuándo es permisible que una norma privada supranacional desplace una norma con rango de Ley.....	322
II. Ejemplo. Cláusula de acuerdo arbitral no escrito.....	323
1. UNCITRAL y el Model Law (y su reforma).....	323
2. El llamado «soft law» arbitral.....	324
3. Un ejemplo práctico: adscripción de un sujeto de una norma privada supranacional a la opción del Model Law reformado de arbitraje no escrito: conflicto con la norma interna y resolución.....	325
III. Competencia.....	329
IV. Tiempo.....	330
V. Especialidad.....	331
1. Cuestiones generales.....	331
2. Ejemplo. Un ejemplo del sector del medio ambiente: la norma EMAS III frente a ISO 14000.....	333
2.1. El objeto: dos normas supranacionales en materia de certificación ambiental.....	333
2.2. El posible conflicto entre dos normas supranacionales.....	335
2.3. El destino de la norma inaplicada.....	337
VI. La resolución del conflicto con las normas internas: el análisis económico del Derecho.....	338
1. Planteamiento general.....	338
2. El Análisis Económico del Derecho Público.....	341
3. Ejemplo. Basilea III.....	344
VII. Conclusiones de la Parte § IV.....	352
CONCLUSIONES.....	354
CONCLUDING REMARKS.....	361
BIBLIOGRAFÍA.....	367

DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: UNA TEORÍA NORMATIVA

Autor: Héctor Iglesias Sevillano. Director: Jorge Agudo González

Resumen: En el presente trabajo hemos intentado delimitar los problemas que surgen del estudio del Derecho Global y las normas privadas supranacionales. Tal y como nosotros lo hemos entendido, el trabajo ha aspirado a, en primer lugar, formar tres conceptos en torno a los cuales ha pivotado el conjunto del estudio: el concepto de Derecho Global y el concepto de ciudadano corporativo, que sería el sujeto privado que ejerce *de facto* las funciones de relevancia jurídico-pública. Pero el verdadero objeto de estudio del presente trabajo ha sido el concepto y tipos de norma privada supranacional, o sencillamente, norma supranacional, una ambigüedad terminológica con la que hemos jugado de forma indiscriminada, precisamente porque la naturaleza supranacional «privada» de estas normas es en realidad una característica esencial e ínsita en su naturaleza «híbrida».

En segundo lugar, hemos desarrollado un análisis de la aplicabilidad de estas normas. Tal análisis distingue tres fases. En primer lugar, el reconocimiento de la norma por el sujeto al que va a ser aplicada, a lo que denominamos identidad entre voluntad y sujeción, o «aplicabilidad subjetiva». Es decir, el mecanismo por el que se imputan al sujeto los efectos de la norma. En segundo lugar, la integración de la norma en el sistema jurídico del Estado, punto decisivo en el despliegue de sus efectos en el espacio físico (territorio) -al que denominamos «aplicabilidad objetiva»-. Y en tercer lugar, la resolución del conflicto normativo entre las normas privadas supranacionales y la norma interna ya existente en el ordenamiento jurídico del Estado de recepción, o bien la ocupación de una laguna en el ordenamiento jurídico interno -una tercera fase a la que denominamos «aplicabilidad funcional».

Por tanto, el presente trabajo ha cubierto un análisis de la naturaleza de las normas privadas supranacionales, comenzando por una definición conceptual del propio Derecho Administrativo Global. Este análisis previo de esta nueva rama del Derecho ofrece el soporte metodológico para entender este tipo de normas jurídicas, en tanto que hemos abordado también el problema del conflicto entre tales normas y el Derecho interno, en aquellos casos en que tal conflicto exista. De esta forma, el trabajo se enfrenta tanto al nivel más abstracto (la teoría del método jurídico) como al más específico (el conflicto entre normas de Derecho aplicables, las supranacionales y las nacionales).

GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW: A NORMATIVE THEORY

Author: Héctor Iglesias Sevillano Director: Jorge Agudo González

Summary: *In this work we have tried to delimit the problems that arise in the study of Global law and supranational private norms. As we have understood, the work aspires, in a first part, to form three concepts on which the study as a whole will pivot: the concept of Global Law and the concept of corporate citizen, who is the private subject who exercises de facto functions of normative public relevance. But the true object of study of the present work has been the concept and types of supranational private norm, or simply, supranational norm, a terminological ambiguity with which we have played indiscriminately, just because that «private» nature of supranational norms is actually an essential characteristic of its «hybrid» nature.*

Secondly, we will develop an analysis of its applicability. In terms of application we will distinguish three phases. Firstly, the recognition of the norm by the subject to which it is to be applied, what we call the identity between will and subjection, or «subjective applicability»-that is to say, imputing the effects of the norm on the subject-. Secondly, the integration of the norm into the legal system of the state, which is decisive for the deployment of its effects on a physical space (territory) -to which we call «objective applicability»-. And thirdly, the resolution of the normative conflict between this supranational private norm and an internal norm already existing in the legal system of the State, or the occupation of the empty legal space in the event of a lagoon in the internal legal order -we call this third phase «functional applicability».

This work thus covers an analysis of the nature of supranational private norms, starting with a conceptual definition of Global Administrative Law itself. This previous analysis of this new branch of the Law offers the methodological background to understand its legal rules, while we have dealt as well with the conflict between these norms and the internal applicable Law, in those cases where a conflict between both exists. Therefore, the work ranges from the most abstract level (the theory of method in Law) to the most particular one (the conflict between applicable rules of Law, the supranational and the national ones).

INTRODUCTION

I. The concept of Law

The assumption of the existence of a Global Law requires a previous reflection about a radical question: whether its private supranational rules are Law at all or not. This radical point assumes itself another even more radical inquiry: the concept of Law. As we shall see, there have been some answers to this question within the area of Global Law, but we will propose our own explanation.

The point now is to clarify what does a rule need to constitute *Law*. In modern, State Law systems, Law commonly refers to an array of rules which are part of a legal order, and are themselves the object of most -mainly positivistic- theories of Law¹. However, a legal order cannot be just an incoherent sum of rules. If this was so, there would not be any substantial difference between the rules and the system, but a merely quantitative distinction. There must be something more. The element which has been attributed to the system of law that, theoretically, the rules alone lack, is its internal coherence. The problem here is that this supposed coherent system is not a necessary fact, but merely a possibility, if not a complete theoretical construction to find an order in the realm of chaos.

The interest of this question is that, at the same time that we can prove that private supranational rules are actually rules in a proper legal sense, they do not conform a system. Because of this reason, they have been excluded from the «proper» concept of Law by State Law doctrine, but included within a broader and -in the light of contemporary problems- more suitable concept of Law, which is intended to encompass State Law, International Law

¹ The obvious examples of this are of course Kelsen, H. (1911): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck) and Kelsen, H. (1934): *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig/Wien: Deuticke, Nawiasky, H. (1941): *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*. Einsiedeln, and of course Hart, H.L.A. (1997): *The concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 2nd ed. Without any intention of criticizing any of these magnificent works, it is to be noted that, particularly in the case of Kelsen (as well as that of other mainly German positivists, such as Nawiasky) the theory of the essential nature of the coercive element of rules cannot be sustained within Global Law. This is because of a reason that we will examine deeply in later in this Chapter. Private supranational rules will require specific recognition by the subject to gain effectiveness. This does not happen within State Law, where a long standing theory of Law - which, as we will explain, traces back to the legal construction and justification of the power of monarchies in 16th Century Europe- strictly determines that State rules have a direct effect which does not need of any additional recognition by the subject or citizen. This line of thought -which during the centuries proved to be essential for the consolidation of centralized powers in the Western World and the victory of modern democracies, and that is intimately linked to the intended essential character of the coercive element- is however not applicable to private supranational rules. This is because it requires something that supranational powers always lack by definition: the territorial element of sovereignty. We will see this in more depth later in this work.

and Global Law². The main point is that private supranational rules are prescriptive statements which intend to determine a certain behaviour on the subject in matters belonging mainly to multiple economic sectors. Therefore, there are no possible confusion of private supranational rules with moral statements: they are clearly rules of Law, but non systematic rules of Law. Or in other words, the intellectual effort that is needed to build a system of Law has not yet been done with private supranational rules.

Now, assumed this initial point, the question turns towards the possible qualitative differences between several possible prescriptive statements that might be considered to be Law in an objective sense. As we assume that these qualitative differences do exist, the answer will be to base them on the rule of Law. These «qualitatively different» rules of Law could be summarized in this three examples: an Act of Parliament, as the paradigmatic case of a State, democratically-adopted rule; a private supranational rule, as expression of Global Law and its agents' factual normative power; and the factual mandate of a gangster.

Starting with the latter, it results that, in fact, if we assume -from an extremely realistic point of view- that the mandate of a gangster constitutes a proper rule of Law, then we could conclude something as worrying as this: it is the Rule of Law what is inexistent. After all, if the factual power of a gangster cannot be distinguished from the legally binding power of a democratic, rule of Law State, it follows that any adjectives to *power* are unjustified: all power is merely power in a factual sense, no matter its legal context or formal limits. In particular, respecting human rights would just be a gracious concession of the all-powerful State to individuals and groups, which at any time could -as much as the gangster- stop this respectful line of action towards its citizens and start enacting laws without any restraint base on the rule of Law. This is obviously not the point of view of the present work, however is the inevitable destiny to which the path of positivistic approach to human rights would lead us.

The same reasoning would not be acceptable in the conflict between State rules and private supranational rules either. Such a conflict cannot be resolved merely in terms of efficacy, or what is more, by choosing the rule pertaining to the most powerful of these entities. As a matter of fact, many private agents of Global Law (those which will be later known as «corporate citizens») might be, under particular circumstances, more powerful than many states. In this case, it is not acceptable that the private supranational rule should prevail over

² The most important advance in this sense is undoubtedly KINGSBURY, B. (2009): «The Concept of “Law” in Global Administrative Law», *ILLJ Working Paper* 2009/1, which will be discussed later.

the state rule on the basis only of its greater power. In choosing the applicable rule to a particular case, factual power of the entity which created the rule, state or corporate citizen, should not be a factor at all. As we shall see later, there are two main factors that should be considered in the application of a private supranational rule: the first one will be that which we call the *legitimation proceeding*, which includes the submission of the supranational rule to an exam based on the constitutional principles of the State in which the rule must be applied, and in particular to human rights. The second factor (always in this order) would be the resolution of the conflict with the internal, State rule which regulates the same legal problem. It might happen, as well, that there is a *legal vacuum*, in which case there is no conflict of rules and the supranational rule can be applied directly. When the conflict does exist, in its resolution attention must be paid to the specific principles governing the private supranational rule, and if these principles are of an economic nature -something very common at a Global level-, that will be the time to apply economic analysis of Law. But always after a proper analysis of constitutional principles and human rights is made, so that if this analysis showed that the private supranational rule application would be in violation of a particular principle or human right, this application would be rejected, and the rule expelled from that state's legal order. As well, in any case the economic nature of the rule will be put in consideration at the same time as the principle or human right, so that only once it is been assured that none of these is violated, the economic analysis is to be applied.

Whether this particular conception is an inheritance of iusnaturalism, or on the contrary it might be seen as a modern positivistic approach which assumes however a certain basis of natural justice, is not important for the purposes of this work. In other words, the name of the doctrine we have assumed is not relevant to defend our conclusion, which can now be showed for the first time: the key point of the construction of Global Law is not in building a Global System of Law, which does not exist in practice, but to submit global rules under the control of common Judges in State Law. Thus, the State appears from now on, not so much as the strong and unquestionable power which showed to be in the 19th and 20th centuries, but as a

guardian State, which main aim would be to care about constitutional principles and human rights and assure their effectiveness within its territory³.

In the present work, we affirm that Law is an array of rules pre-ordered by principles, and these principles are themselves based on concepts, which contain an ethic element pre-existent to the factual reality of Law itself, although not always are contained into positive Law. This positive realization of principles might happen in any rule of the legal order, but its most common appearance will be on the Constitution. Certainly, the Constitution will contain most of the principles of a legal order, including human rights. Exceptions are rare, and usually come from continental Private Law, which had a long historical evolution prior to constitutionalism and developed its own principles (e.g. *bona fides* or *non venire contra factum proprium*). In the case of English Law, which is far more flexible -particularly in its constitutional theory- it is even easier to understand that most principles of Law turn to be *constitutional* and thus decisively relevant in order to control the Global Law rules.

However, the concept of system is a different question, not as easy to solve. First of all, we must assume that a systematic order is not necessary to have Law, properly speaking. After all, we know Global Law is in no way a system of Law. Furthermore, we can dare to assert that, in fact, systems of Law do not exist as an external reality: they all are actually constructions of an intellectual nature. At the same time, we need this constructions to be operative, in order to make our legal order to work properly. We need to solve legal vacuums or to apply analogies, or to solve conflicts between rules, and also between principles. And, in order to be able to apply such solutions, we require a consistent system of Law that explains relationships between these rules and principles en many senses: hierarchy, speciality, time, space, validity, and many other.

The problem is that, in fact, not all these concepts will be applicable to Global Law. For example, validity is very hardly applicable: private supranational rules are valid as soon as

³ This concept of «Guardian State» cannot be confounded with a «Police State», which refers to the absolutistic, pre-liberal and classic-liberal concept of the functions of State as a «police» control over any activities played on its territory, and which main aim was the protection of internal security in public affairs, and setting a minimum group of rules in private ones, letting most action to *laissez faire*. This concept of guardian State, however, is correspondent to that of *Estado garante*, defended by ESTEVE PARDO, J. (2015a): *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid: INAP. As we understand this, a guardian State should, on the one hand, rely on the society's and the market's self-regulation approaches, as much as in the activity of private businesses in any economic sectors (no matter how important or structural or relevant for public interest they might be). On the other hand, the State should set structured and reliable rules for theses markets, as much as exercise appropriate powers of supervision, inspection or sanction. In the case of Global Law, guardian State aims at allowing the application of these supranational, market-elaborated rules, while exercising a strong control of application under constitutional principles and human rights.

they are approved by its corporate citizen, but this is not enough to deploy all their legal effects. Three more elements are needed. The first one, is the recognition of the rule by the subject who will apply it (or to whom it will be applied), which would assure personal efficacy of the rule. The second one, would be the acceptance into the State's legal order by the ordinary Judge, which -if accepted- would grant territorial efficacy to the supranational rule; and thirdly, is the resolution of the possible conflict with the national rule also applicable to the case in particular. To this late point we call functional efficacy. All three steps are necessary to grant full efficacy to the private supranational rule. For state rules, however, we know that full efficacy, personal or subjective, territorial or objective and functional (the conflicts between principles and rules are solved by the applicable methods within the legal system) is automatic since the rule is valid, thus validity is the main problem in national legal systems, and so has proved to be one of the major concerns of kelsenian positivism. Nevertheless, in Global Law this tension works on the round way: validity is less important, and so a subject might recognize as applicable to itself an ISO rule which has been formally abandoned by the organization (the corporate citizen in this case) and at the same time, procedural questions in the elaboration process of the rule within the corporate citizen are less important, as validity plays a minor role.

But there is still an essential problem that cannot be so easily solved. One of the examples that we proposed was the classical legislative product of the nation-state: the Act of Parliament. Between legislative powers, this is the strongest: its author is the constitutional organ or institution in which the nation is represented, and exercises legislative sovereignty on its name (if it is not considered to be sovereign itself, as do the majority of Public Law theorists in English Law). Secondly, this guarantees that the enacted rules have a democratic base. Thirdly, the procedure of adoption of the Act works as another guarantee, both of the respectfulness of certain rights involved within the legislative process (in the case of delegated legislation and regulations, we could speak of the right to be heard, etc.) and its consistency with constitutional principles; otherwise, if the Act would not be consistent with such principles, it would simply be *invalid*.

Therefore, the strongest legislative product is always the Act of Parliament. Private supranational rules do not substitute the democratic legislative will, but coexist with it. The question is, how can the private supranational rule reach the level of democratic legitimacy that Acts of Parliament boast. The answer is, clearly, it cannot. Supranational rules are not

elaborated within any particular system of Law, and cannot be subject to the principles of every state in the world in which they might be applied, particularly if these principles are interpreted in a very strict way. Private supranational rules can, certainly, respect certain principles of Law generally recognized between states which are respectful with human rights and the rule of Law. But still, this does not guarantee that the private supranational rule will be accepted by the ordinary Judge of any of these states. The rejection could happen because of many reasons: an strict conception of a right or principle, a principle very particular to a specific state, differences of conception between civil and common law, etc.

To solve this, we argue that the answer should be found on the legitimation process. There is no way in which the private supranational rules can be invested of the democratic pedigree of the Acts of Parliament; there is no magic in the theory of Law. However, by the legitimation process the supranational rules are submitted to an exam on the constitutional principles of the state of reception. This, as we say, does not invest the supranational rule with a democratic nature. But it does guarantee that the rule is respectful with the democratic principles of national law. This should be enough for recognizing full effectiveness to the private supranational rule in the case in particular. Because -we shall not forget this- the application of the private supranational rule will always happen in a case-by-case basis. To this method of application of supranational law we refer as the *legitimation procedure*.

II. The concept of Global Law

The first concept that we would like to build up is, of course, Global Law. This work, however, is not a comprehensive study on Global Law, but a study centered on its rules, private supranational rules. In any case, because of this aim, we need to answer the previous question about the nature of Global Law as a pre-requisite.

First of all, Global Law is a non systematic reality. Multiple and extremely valuable works do exist on this matter, but the work of converting Global Law into a systematic legal order is not completed, and it does not seem easy to reach. These examples include the reception of

Hart's theory of Law by Kingsbury⁴, or the main works in Germany⁵, Italy⁶, and Spain⁷. There are, of course, many more works, which will be referred later in this work.

At this point, what we want to establish is a common background of the nature of Global Law, as well as clarifying the term discussion, both intimately connected. Firstly, it has been said that Global Law, and in particular Global Administrative Law, is neither Law, nor Administrative, nor Global at all. It would just be a «key concept» which opens lines of thought in the legal theory, but with no specific content⁸. This perspective of Global Administrative Law is in some sense valuable, as long as it boosts the studies on the subject. However, in its content it cannot be sustained. Global Administrative Law is a reality of contemporary Law, a concept of full content should be elaborated -as we will try to do immediately- and exclusion of it even from the field of Law is only based on restrictive conceptions of the consolidated concepts. So, it is said that Global Administrative Law is not properly a new branch of Law, although this is difficult to say at this early stage of the evolution of Global Law theory. At the same time, arguing that there is no system of Global Law only points out that the effort to build up such a system has not yet been done. Nor it is always necessary to have a legal system to characterize an array of rules as proper Law. The legal areas materially regulated by Global Law are mostly of Administrative Law, that is out of doubt, whether these rules belong to the Law of a particular State or not. And the global nature of these rules comes out of its supranational nature. Global is not a synonymous of the participation of all the states of the globe (this would still be International) but of lack of territorial sovereignty. What corporate citizens have is a merely factual power -normative or other- that needs the participation of both the subject and the State to get fully effective. This, however, is what global currently means: a power exercised without any kind of territorial root or limit *a priori*.

⁴ KINGSBURY (2009).

⁵ RUFFERT, M. (2007): «Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrecht», en MÖLLERS, C., VOSSKUHL, A. y WALTER, C. (Eds.) (2007): *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 395-418.

⁶ CASSESE, S. (2009a): *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino: Einaudi.

⁷ DOMINGO OSLE, R. (2008): *¿Qué es el Derecho Global?*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial; BARNES, J. (2008): *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla; DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2016): «El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?», *Revista de Administración Pública*, n. 199, pp. 11-49.

⁸ We have seen this with particular force in Spanish Law with the works of DARNACULLETA (2016:47-48).

However, Global Administrative Law is not a doctrine recognizable for its uniformity. Different branches are distinguishable within Global Law. The reasons for this are actually not substantial differences in this subject matter, but diverse approaches to the phenomena of private supranational rules. Given the crucially intertwined nature of constitutional and Global Law principles, in a way in which the second one permanently benefits from the inheritance of the first, the earliest approach to a Public Law characterization of Global Law should be Global Constitutionalism⁹. This approach, however, is not as successful as Global Administrative Law. There are several reasons for this. On the one hand, the project of a global Constitution seems unrealistic and politically unreachable. On the other hand, the far more important and useful point of view that seeks the expansion of constitutional and rule of law principles towards the global arena is a matter of general Public Law, and it is therefore satisfactorily tackled by the Global Administrative Law branch. In other words, in the global area the distinction between Constitutional and Administrative Law seems particularly helpless.

Following with this line of thought, Global Administrative Law names not so much an area within Global Law but a perspective of research. It can be said that private supranational rules have as object of their prescriptions the same matter that is assumed by Administrative Law in most western countries (even regardless of their Civil or Common Law traditions) and particularly that which has been adopted by regulations or other national rules hierarchically inferior to Acts of Parliament. Being this true, the crucial point about Global Administrative Law, which has already been mentioned, is actually that it has the appropriate approach to tackle with any Public Law questions within Global Law.

This said, as we will argue in this work, Global Law is mainly of a hybrid nature. This means that it cannot be properly categorized as Public or Private Law, but of a mixture of both elements. In the supranational reality we have private actors exercising public powers, both of normative nature -those which are of our interest in this work- and of a different

⁹ Vid., for example FERRAJOLI, L. (1996): «Beyond Sovereignty and Citizenship: a Global Constitutionalism», in BELLAMY, R. (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Aldershot, Avebury, pp. 151-159; VON BOGDANDY, A. (2009): «The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe», *I • CQN*, Volume 7, n. 3, pp. 364-400; LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. (2005): «Globalización e imperio de la Ley: algunas dudas westfalianas», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 9, pp. 177-198.

kind, such as control powers¹⁰. Therefore, Global Administrative Law is a label which seeks to point out the most innovative element of the phenomenon: the fact of the exercise of public power by private entities in a supranational level, without any particular territorial subjection¹¹. This analysis takes us to a proposal of a concept of Global Law. This concept would apply to any private supranational rule or group of these rules, which boasts a four-element nature. These elements would be: supranationality, casuistic nature of its application (or «topic» nature), hybridization and receptive nature.

The first of these elements is supranationality. The «national» element must of course be identified with the classic Nation-State, and not with any political or cultural conception of the term «nation». It means, therefore, a reality which exists beyond the Nation-State, as is the case of private supranational rules. This, however, has a few peculiarities to clarify. First of all, existence «beyond» the Nation-State does not mean «superiority» over it. It simply means existence without any direct territorial link or effect, and created by a non-State entity, usually corporations or associations privately constituted under a certain legal order, but which exercise these global powers instead of remaining active exclusively in their jurisdiction. In other words, it is more a reaction against the Nation-State legal theory, which assumes that there should be no Law further to that of the State. This conception was put into question by International Law (and still, early hegelian conceptions intended to assume that International Law was actually «external» State Law) and is now re-questioned a second time by supranational phenomena.

In fact, Global Law is in a weaker position than State-made Law. This is because the State keeps its power on the territorial level. Therefore, no territorial effects might be claimed by

¹⁰ This is the case, for example, of International Arbitration, particularly on investment agreements, where arbitral tribunals can control the activity of public administrations of the respondent States. About this, the key works are VAN HARTEN, G. and LOUGHLIN, M. (2006): «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law», *The European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, pp. 121-150; KINGSBURY, B. and SCHILL, S. (2009): «Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law», *IIIJ Working Paper* n. 2009/6; YACKEE, W. (2012): «Controlling the International Investment Law Agency», *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 2, pp. 392-448; RAJPUT, A. (2012): «Advent of Investment Arbitration and Evolution of International Administrative Law», *Indian Law Institute*, v. 54, n. 2, pp. 232-247; CHILDRESS, D.E. (2013): «Does international investment law need administrative law? Responding to Jason Yackee», *Harvard International Law Journal Online*, v. 54, pp. 115-123; CHING-LANG, L. (2014): *Arbitration in administrative contracts: comparative law perspective*, Paris: Institut d'études Politiques de Paris.

¹¹ A selection of studies on Global Administrative Law could be summarized as follows: KINGSBURY, B., KRISCH, N. Y STEWART, R. B. (2005): «The Emergence of Global Administrative Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, pp. 15-61; AMAN, A. C. (1999): «Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy, and the Furtherance of a Global Public Interest», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 6, núm. 2, pp. 397-419.

private supranational rules without the acquiescence of the State in which territory the rule shall be applied. At the same time, supranationality is a characteristic shared among Global Law, but also Transnational Law, International Administrative Law and of course European Law. Taking aside this latter case, the first three are sometimes used indistinctly, although subtle differences might be highlighted. Transnational Law refers more to the application of Public State Law on the territory of a different State¹², although it has sometimes been used to refer to supranational legal phenomena as a whole¹³. International Administrative Law is even more difficult to distinguish from Global Administrative Law. In fact, both are usually different names for the same phenomenon. International Administrative Law is a denomination preferred by those doctrines that tend to reject the existence of non-State legal realities, and is particularly common in the German approach. It might also refer to a level of Public International Law in which different administrations -in the sense of under-State public powers- reach their own effective agreements, as well as cooperation agreements¹⁴. Global Administrative Law, however, is more comprehensive of the varied supranational rules, and crucially includes private rules, those adopted by private subjects.

The second characteristic of Global Law is its casuistic nature. This has a double aspect and is connected to the *topic* theory¹⁵. Although this is not the place to discuss this dogmatic

¹² Vid. for example DE BÚRCA, G. (2008): «Developing Democracy beyond the State», *Columbia Journal of Transnational Law*, 46; FERRARESE, M. R. (2000): *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna: il Mulino; FISCHER-LESCANO, A. (2008): «Transnationales Verwaltungsrecht. Privatverwaltungsrecht, Verbandsklage und Kollisionsrecht nach der Aarhus Convention», *Juristenzeitung*, 63; LADEUR, K.H. (2011a): «The emergence of Global Administrative Law and transnational regulation», *IIIJ Working Paper* 2011/1. A classic example of Transnational Law is that of the effects of Sarbanes-Oxley Act: RIBSTEIN, L.E. (2003): «International Implications of Sarbanes-Oxley: Raising the Rent on US Law», *Journal of Corporate Law Studies*, v. 3, n. 2, pp. 299-327; SHIRLEY, J. (2004): «International Law and the Ramifications of the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.*, n. 27, p. 501; LANOIS, P. (2007): «Between a Rock and a Hard Place», *Journal of International Law & Policy*, n. 5.

¹³ As an example of this, see AMAN, A.C. (2017): «Globalización, Derecho transnacional y desnacionalización», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.) (2017): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: : libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, v. 1, t. 1, pp. 79-94. Here the author argues that Transnational Law would be the key to supranational Law or any set of rules that has effects beyond national frontiers, following a definition elaborated by JESSUP (AMAN, 2017:89), vid. JESSUP, P. (1956): *Transnational Law*, New Haven: Yale University Press, pp. 1-8.

¹⁴ ABBOTT, K.W., SNIDAL, D. (2000): «Hard and Soft Law in international Governance», *International Organization*, 54; an absolute classic in this matter is BADURA, P. (1966): «Bewahrung und Veränderung demokratischer Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften», *VVDStRL*, n. 23, pp. 34-104; BATTINI, S. (2003): *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffrè; BIAGGINI, G. (2008): «Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft», *VVDStRL*, n. 67.

¹⁵ See VIEHWEG, T. (1953): *Topik und Jurisprudenz*, Munich: C.H.Beck, and in Spanish VIEHWEG, T. (1986): *Tópica y jurisprudencia*, Madrid: Taurus; LARENZ, K., CANARIS, W. (1995): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Heidelberg: Springer Verlag, p. 317; RÜTHERS, B., FISCHER, C. Y BIRK, A. (2013): *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Munich: C.H. Beck, pp. 372 y ss

question, topic is -in modern legal terms- a name employed in opposition to system, in order to characterize a certain Law method built upon a case-law basis. This has the advantage of a stronger sensitiveness towards the problematic nature of the Law, for the shake of the construction of a formal and coherent system of Law.

In this sense, Global Law might be characterized as casuistic. In the first place, private supranational rules will develop regulations on very particular areas without paying any attention to systematic conceptions of the Law. But in the second place, and more important than this, private supranational rules will be applied always in a case-law basis, subject to a decision of the Judge. In this sense, there is no system of Law between private supranational rules, but on the contrary, a casuistic application that is essential in order to invest these supranational rules of full effectiveness. This will have an important effect: the submission of the private supranational rules to constitutional principles, as we have previously explained.

Another essential element of Global Law is hybridization¹⁶. Although the distinction between Private and Public Law remains alive within the realm of national Law, in a supranational level it is not enough to explain the complexity of relationships between actors and their legislative products. Hybridization implies the exercise of public powers by private actors, giving place to a normative product that cannot be simply considered Private Law, but an anomalous creation of Public Law. Under Global Law, the subject does not limit itself to be submitted to the Law, but adopts an active position and creates its own Law (and, at the same time, it controls some activities of the State through certain institutions, such as the mentioned arbitration tribunals).

Lastly, another essential element of the concept of Global Law is the reception theory. This means that private supranational rules shall be received by the subject as a pre-requisite to its efficacy. This makes a great difference against national legislation, which is directly effective regardless the will of the subject to which it must be applied. It is in this point in which we depart from the main proposals at stake. Although a general rule of recognition in Global Law might be seductive, but seems not realistic under the current state of affairs in the

¹⁶ Vid. ZUMBANSEN, P. (2013): «Transnational Private Regulatory Governance: ambiguities of Public Authority and Private Power», *Law and Contemporary Problems*, n. 76; FINKE, J. (2014): «Concepts, hybridization, principles, and the rule of law: New literature on international monetary and financial law», *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 4, pp. 1054-1070; BRUMMER, S. (2012): *Soft Law and the Global Financial System—Rule Making in the 21st Century*, Cambridge: CUP.

supranational level¹⁷. The answer to the problem of recognition shall be the individual, casuistic recognition of the rules. The recognition theory had a long standing tradition in European Law, although it was abandoned by the early State-theory and later re-introduced by Sociology of Law¹⁸. This will make sure a crucial point of legitimacy for private supranational rules: the coincidence between the will of the subject to be obligated by the private supranational rule, and the subjection itself. In other words, in Global Law there is no Parliament nor democratic legitimacy of rules, and therefore there is no modern argument in theory of Law that might justify their direct compulsoriness or the full deployment of effects against the subject. Only specific recognition is acceptable in order to assure that the private supranational rules can be applied to the subject with enough legitimacy.

III. The corporate citizen

With the label «corporate citizen» we refer to a variety of private subjects which share a common point: they exercise public power, as a matter of fact, and without any specific public mandate. Moreover, a second characteristic of this concept is the common supranational nature of these entities. In other words, the corporate citizens exist within a particular jurisdiction, and therefore they are corporations, societies or charities constituted under a certain applicable law. But, at the same time, they have a supranational activity, which in the end refers to the factual exercise of public power. These «privatized» and «factual» public powers are mainly focused into traditional attributions of the State: the control of the activities of the Government and the Administration, and the creation of legal rules. In the case of control powers, the main area where corporate citizens act is, undoubtedly,

¹⁷ About this proposal, see KINGSBURY, B. (2009). For critics of this position or alternative options, vid. SOMEK, A. (2009): «The Concept of “Law” in Global Administrative Law. A Reply to Benedict Kingsbury», *European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, pp. 985-995 and its previous SOMEK, A. (2007): «Kelsen lives», *European Journal of International Law*, v. 18, n. 3, pp. 409-451; KUO, M.S. (2009): «The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury», *European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, pp. 997 y ss.; and LADEUR, K.H. (2011b): «The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law», *Comparative Research in Law & Political Economy*, Research Paper No. 16/2011, pp. 1-55.

¹⁸ A medieval example of the reception theory or its consequences can be found on the work of Gratianus, when he accepts that custom (and therefore social recognition) is a factor of effectiveness of rules: *leges institui cum promulgantur; firmari, cum moribus suscipiuntur*. This possibility is later denied by the main scholars of the 16th and 17th centuries, when the centralized, powerful Nation-State was being constructed. So does Francisco SUÁREZ, (1872): *De Legibus* (I, XI, 5 y III, XIX, 3, 6, 9). At the end of 19th century, the early scholars on social theory of Law re-adopted the previous line of thought, see VON BIERLING, E. R. (1894): *Juristische Prinzipienlehre*, Friburg and Leipzig: Akademische Verlagbuchhandlung von J. C. Mohr, t. I. The debate will continue in regard to state Law. However, in Global Law we need recognition to assure that a private supranational rule is fully applicable to the subject of reception. In Global Administrative Law, therefore, there is no «social» recognition nor mere custom with legal effects, but an individual, case-based recognition of the private supranational rule.

international arbitration¹⁹. However, we will not focus on this matter now. We are particularly interested here in the production of legal rules.

The time has come to form an authentic abstract concept that will serve us to explain the subjective origin of the production of Global law. We will see later as this new objective right is the product of the exercise of the normative function by a multiplicity of entities of the most diverse nature, both public and private, as even not formally constituted. And it is not to be missed that the political and economic interest of many of the supranational private rules sometimes determines that these non-formally constituted entities are the most important producers of supranational private standards, as it is the case of the Committee of Basel, which we shall study in particular in the latter part of this work.

Well, our aim now is to identify these entities and to build up an abstract a concept of these. Excluding states, for understandable reasons -their legal personality is own and different from supranational organizations- we have three types of entities that legislate *de facto*. First of all, international organizations (such as the WTO, which is the example *par excellence*, but also others such as the ILO or FAO), which have a legal-public nature in International Law, because they are constituted by international treaties and their own constituent members are States. Secondly, private entities that assume the function of normative creation, are often not constituted by international treaty but by mere agreements between the participants, if they are written at all; they also have a private nature, which means that they might be constituted in conformity with a national law within States or they can be merely an council of specialized bodies in some matter mixed with purely private entities, as it is the case of the Basel Committee. Of these, two categories can be distinguished (hence the three of which we spoke before), those that are formally constituted and those that are constituted merely *de facto*. The most relevant example of the first is probably the ISO (International Organization for Standardization), the private organization for standardizing international standards. Among the *de facto* entities, the most famous example is -again- the Basel Committee, which I have already mentioned. These private (or non-state) entities can be constituted in any form

¹⁹ REDFERN, A. y HUNTER, M. et al. (2015): *International Arbitration* (6^o ed.), Oxford: OUP, p. 229; see also VAN HARTEN, G. y LOUGHLIN, M. (2006): «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law», *The European Journal of International Law*, vol. 17 no.1, pp 121-150; KINGSBURY, B. y SCHILL, S. (2009): «Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law», *IIIJ Working Paper* n. 2009/6, Global Administrative Law Series; YACKEE, J.W. (2012): «Controlling the International Investment Law Agency», *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 2, pp. 392-448; CHILDRESS, D. E. (2013): «Does international investment law need administrative law? Responding to Jason Yackee», *Harvard International Law Journal Online*, n. 54, pp. 115-123; CHING-LANG, L. (2014): *Arbitration in administrative contracts: comparative law perspective*, Paris: Institut d'Études Politiques de Paris.

(including any of private law, always of the forum in which they are constituted, understandably) and can have any headquarters (although curiously many of them are concentrated in Switzerland).

Consequently, the question lies in abstracting a category for all these entities, if all of them should be included under the same paradigm. At this point, we believe that we must renounce the separation of the rules emanating from international organizations and those of private entities (although they involve States or their internal organs). It is true that the former could be covered under different categories of public international law. But it is also true that the specific category of international law under which a recommendation from the IMF or a resolution of the WTO Appellate Body should be included has not been created²⁰. In short, we also need a normative category to protect the standards of international organizations, as these rules are produced outside the direct control of the Member States themselves, but as the autonomous regulatory will of those organizations. At this point, *de facto*, they are not distinguished in any sense from the rules originated in supranational private entities. Thus, being the norms of a similar nature, the conceptual construction of both will be assumed to be a common process.

Let us now respond to the question, which is in fact prior to the existence of the same supranational private standards. Namely, who is this non-formal legislator (if this name is appropriate at all, which is more than doubtful), with what legitimacy it creates norms and how does it carry this activity. The first question will be answered immediately with the concept of the corporate citizen, the private subject that creates norms supranationally. The last two deserve a more thorough analysis, which we will deal with throughout the work by analyzing the fundamentals of legitimacy.

We said that we are going to study international standards on a general basis, from the point of view of their incardination in the source system, and then descend to a specific case analysis. But there is a previous problem: the authorship of international standards. In other

²⁰ On International Organizations as global powers *vid.* FERNÁNDEZ LIESA, C. (2017): «Gobernanza y desgoberno de las organizaciones», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.) (2017): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: : libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 1, Tomo 1, pp. 95-114. Vid. igualmente AMAN, A.C. (2017): «Globalización, Derecho transnacional y desnacionalización», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.) (2017): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: : libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 1, Tomo 1, pp. 79-94.

words, the study of the legitimation of international norms is not complete without a previous study of the subjects that elaborate the international norms.

The scheme of the liberal nation state is well known and has prevailed for two centuries: the state is the monopolistic holder of legislative authority, one way or another. Even though ownership is constitutionally attributed to a representative body (as it pertains to a democracy), legislative authority does not cease to be attributed to an organ of the state.

The current reality overflows this scheme. There will be time in this work of knowing some of the many organizations that, at international level, generate international norms that rival those of the state. Moreover, there is also the omnipresent problem of the rules of third States with effects on the territorial state, but this one cannot identify itself with the problem of the international norms, but rather it corresponds to the study of another branch of the Administrative law, also in full growth nowadays: International Administrative Law.

Of course, the main problem of rules emanating from non-state agencies is their legitimacy. Some are international organizations themselves: their paradigmatic example -as we have already said- is the WTO²¹. Others are simply private companies. In the former, one could try to trace some connection of public legitimacy, precisely because of the legal-public foundation that constitutes them (the will of the States themselves). But that would not solve the problem: the rules emanating from the international organizations themselves are by no means the norms of the State itself, and in fact they usually enter into conflict with the internal rules of the state and prejudice their policies. In this regard, the WTO itself has a long history of creating rules (or imposing normative decisions) that conflict with the internal rules of its member States, for example, in the area of the environment.

That is why we believe that the rules emanating from international organizations should not be distinguished from those emanating from private entities, nor should the subjects themselves be distinguished from each other. In the classical theory of public international law, the legitimacy of the norms of international organizations would derive from their own constitution as such, and as such would have a legal-public nature. Now, as we know, this legal-public nature cannot be openly affirmed, because there can be no direct anchorage, for

²¹ On the OMC, vid. essentially FERNÁNDEZ EGEA, M. R. (2008): *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid: Marcial Pons; JACKSON, J.H. (1990): *Restructuring the GATT System*, Council on Foreign Relations Press; GÖTTSCHE, G.J. (2005): *Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz*, Duncker & Humblot, Berlin.

example, of the decisions of one Appeal Committee established by an international treaty, and domestic public law. International standards emanating from private entities, however, do not also have a legal-public status. Neither with this nor with any other: simply, they are destined to certain subjects that usually fulfill them. Therefore, the first question to be elucidated is what position these subjects are from which the supranational private rules emanate. The most appropriate response, we believe, is to affirm once again one of the essential fundamentals of Global Law: the hybridization between public and private law. In this way, both the rules emanating from the international organizations and those dictated by private entities or by mere fact have the same nature: private norms dictated in exercise of a function of juridical-public relevance. At the same time, the subjects who create them can, for the purpose of exercising this normative function (and of course, exclusively for these purposes) abstract themselves under the same concept: the corporate citizen²².

But what is the nature of these subjects? In other words, is it possible to summarize this immense tangle of international organizations and private entities so diversely constituted in a common concept? That will be the first task that we will face. We will bet on a concept capable of embracing both, we always insist, to the exclusive effects of its activity of normative creation. The objective is to apply them a common legal regime, and to give a treatment equivalent to their standards. Of course, it will be a concept with a profound methodological commitment from the same name. The name, once again, will reveal its naked nature.

The phenomenon of supranational and private normative creation is part of a process of increasing the power of private entities at the supranational level, as it could not be otherwise: the creation of norms is the most important function derived from the ostentation of power. It is therefore a situation in fact of the current society, but at all a sporadic or casual phenomenon. It is only a consequence of the evolution of the economy and industry worldwide, but strongly rooted in the continental legal traditions. This is fundamental: the right word is the product of a linguistic-legal tradition, and if today the concept of law includes supranational private norms, it is because there is a basis for them to be incorporated into our *legal acquis*.

²² This movement has been called the birth of «organizations society», understood as a mechanism of technical regulation in which these organizations (or, in our vocabulary, corporate citizens) are protagonists. Vid. LADEUR, K.H. (2011b): «The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law», *Comparative Research in Law & Political Economy*, Research Paper No. 16/2011, pp. 1-55.

Then we will see how it can legally justify the exercise of functions with legal-public relevance on the part of these private entities founding them in this historical nature. We consider this reflection necessary, because we will be able to subject this exercise to public law without having to resort to the argument that these entities exercise equivalent or similar powers to public «*de facto*», an argument that we find weaker. Such an argument leaves the theory of supranational private rules defenseless against the extreme defenders of the autonomy of the will, and is a bad explanation for the legal-public nature of the decisions of these private entities. But we will demonstrate how these private entities are the center of imputation of functions with legal-public relevance, which are the basis of these supranational private standards, and we will see the tradition that this formula (the private ostentation of functions with legal-public relevance) it has in European law, and why it reappears now here.

But first we must characterize these private entities. No doubt its typology is truly diverse. Let's say that they coexist from large associations of companies in the same sector, to independent self-regulating bodies that are subject to private or even pure multinational subjects, organized in groups of companies of different structure.

So what unit might be between all these entities? It is not necessary to enter into confusion about its different legal-private nature. In any case, that would be the task of private law, and one could still ask the private right of what particular legal order (would be, in any case, that of its constitution). However, for the purposes of public law, the problem is simpler: as soon as there is a subject capable of creating rules, there is one subject to be categorized, and control, so that their rules can be applied territorially with guarantees. These guarantees are at least the respect for fundamental rights and the internal public order of the State in which they intend to apply, among others that we will develop later. The common characteristics of all

these entities, therefore, are three: they are private, they exercise a *de facto* normative function of legal-public relevance and they exercise their activity in a supraterritorial plane²³.

The question is, what common concept can we form with these characteristics. In the field of patrimonial and economic criminal law, Professor GÓMEZ-JARA has already given an answer in terms of criminal responsibility of legal persons, which we can bring here. To justify it, the argument that it brings from the American doctrine anchors the responsibility in the reinforcement of the public position of the societies, and the role that they exercise in contemporary law. Without pretending to equate the status of the societies to the citizens, it does recognize the legal-private persons a minimum of citizenship, enough to be entitled to rights, yes, but also of some of the obligations and submission to Administrative and penal

²³ We speak of supraterritoriality in the understanding that the term is taken in the usual sense as a deterritorialized level of exercise of functions, in opposition to territorial, which is the power exerted on a specific territory. Supraterritoriality does not necessarily mean that the private entity has to be established in different territories, but simply that it exercises its power at a level lacking territoriality, and that then its rules are potentially applicable in any territory. For example, a multinational established in more than one hundred countries can dictate rules applicable to all its franchisees, genuine regulatory norms that are controllable by public law, and will certainly be exercising supranational powers. But it is also exercised by a company established only in the territory of a State, but which dictates rules applicable to the elaboration of its products and which are directed equally to the employees responsible for the manufacture of the product or to suppliers in any country of the world. Such exercise of powers cannot be reduced to labour guidelines, for example (of course, they are not standards that apply only to workers), and is purely supraterritorial, because it is not normative production developed in any territory in Specific, but an autonomous normative activity of a private entity which may be applied equal to a factory in the state in which the company or a supplier was constituted in any other state, for example. Both examples are the same, they are assumptions of normative production in which the factor territory is irrelevant, that is to say, genuinely supraterritorial.

responsibility of the citizens of the natural person. Thus the concept of corporate citizen is born²⁴.

The corporate citizen of Global Law is not a citizen of a state²⁵. It is certainly a citizen incorporated as a society or registered in a register of companies or associations according to the law of the State in which it was constituted in each case, yes. And it is also a subject belonging to a certain legal culture, even if it is not Western. But we'll unravel this later. So far, let's examine what the concept of «citizen» and «corporate» means.

The status of citizenship (which we cannot examine here) has traditionally involved a passive position for the citizen regarding the administration. This situation changes when the citizen evolves from his position of mere administered in the administrative law of the liberal state, to the active citizen before the administration. In the case of the natural persons, isolated and with little power before the administrative authority, it is the laws of procedure that fill the role of protection, granting rights and faculties (motivation of the acts, right of hearing, even public participation in the elaboration of the regulations). It has also opened the way of administrative justice, exercised through the contentious-administrative appeal.

²⁴ The «Good Corporate Citizen» (derived from the American Good Corporate citizen) is a valid model for criminal law, whose structure we also do not want to reproduce here. It is rather that the recognition of this minimum of citizenship to the legal-private individuals sustain our own concept of corporate citizen, so that we can convert the corporate citizen of international administrative law or Global in the center of imputation of legal and public functions, and therefore to submit to the mechanisms of control of the public law. On the concept of good corporate citizen in economic criminal law. It is interesting to say that this concept is born in the field of compliance, ie the submission to public regulatory control and internal control of the effectiveness of the latter, whose justification usually reduces the penalties of legal persons who are punished for administrative or criminal offences. Hence the concept may have a much broader projection than the purely criminal one, although in this work we do not address-in principle-a purely sanctioning area. But it must not be forgotten that many of the supranational private rules have a sanctioning content, and they can be applied to control mechanisms of sanctioning administrative law. As a general bibliography, vid. LOCKE, R.M. (2002): «Note on Corporate Citizenship in a Global Economy», *MIT Working Paper series*, IPC-02-008; CARROLL, A.B. y SHABANA, K.M. (2010): «The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice», *International Journal of Management Reviews*, pp. 85-105; MOON, J., CRANE, A., MATTEN, D. (2005): «Can corporations be citizens? Corporate Citizenship as a Metaphor for Business Participation in Society», *Business Ethics Quarterly*, n. 15, pp. 429-453; BANERJEE, S. B. (2008): «Corporate social responsibility: The good, the bad and the ugly», *Critical Sociology*, v. 34, n. 1, pp. 51-79; SCHWAB, K. (2008): «Global Corporate Citizenship: Working With Governments and Civil Society», *Foreign Affairs*, n. 87 No. 1, pp. 107-118; GARDBERG, N.A. y FOMBRUN, C.J. (2006): «Corporate Citizenship: Creating intangible assets across institutional environments», *Academy of Management Review*, v. 31, n. 2, pp. 329-346; HEINE, G.; LAMPE, E. J.; LAUFER, W. S.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; STRUDLER, A. (2010): *Modelos de responsabilidad de las personas jurídicas: Propuestas globales contemporáneas*, Lima: Ara Editores..

²⁵ Concluding that the corporate citizen is no more than a private subject constituted within a particular legal regime, vid. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A. (1974): *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 315, particularly in reference to international sports organizations and its rules. The current complexity of the phenomenon suggests that a more complex approach must be adopted. .

The corporate citizen enjoys the rights of the citizen in administrative law that could be preached by legal persons, who are probably the majority. The scope of administrative rights is not as complex and controversial as that of constitutional rights, and in general it can be said that legal persons have a comparable position to that of the citizens of the natural person.

But the corporate citizen also has a greater function, a function of legal-public relevance that is not in the hands of the individual citizens: the normative function. These are not mere declarations of will *inter privatos*. And they are not therefore governed by the autonomy of the will of the parties. This is because the decisions taken by corporate citizens are general provisions, which oblige subjects with whom there is not necessarily a contractual relationship, and if there is one, it is not enough to link them to a whole system of internal rules (for example, the submission of the supplier to the standards of the multinational that is its client)²⁶.

We can therefore conclude that international private entities have a prominent position in which we might call it «supranational society», much larger than that of the citizen of Administrative law. This position, which we have conceptualized as that of the corporate citizen, has its own nature, which far exceeds the possibilities of traditional citizenship. The state-citizen relationship is overcome by a complete interdependence between both, in which the corporate citizen can assume functions with legal-public relevance of the State and the administration.

Faced with this situation, the problem of internormative conflict arises between the norms of the corporate citizen and the norms of the territorial State. This conflict implies a public-private confrontation, which exceeds the limits of the autonomy of the private will and which prevents the corporate citizen from protecting itself in the autonomy of the will to impose its norms. This is a legal-public clash between rules, not the treatment of private wills in national law. There is therefore no solution to resort merely to the autonomy of the will and to the dispositive rules of national law in order to allow the application of «declarations of will»

²⁶ The purpose of this «non-conventional» or not merely corporate business of the corporate citizen, if this is related-especially considering its role in the regulation of technical and scientific fields and its relationship Potentially conflicting with fundamental rights-with so-called corporate Social Responsibility (CSR). There is no doubt that in many supranational norms, corporate social responsibility objectives are incorporated, such as in the supranational standards on «Nestlé Quality Control Centres (NQCC)» or «initiative Sustainable agriculture Initiative (SAI) of Nestlé and Unilever», and BPA codes for coffee cultivation (common code for the coffee community).

which are in fact purely legal-public rules, even if they are dictated by a private entity, the corporate citizen.

The corporate citizen of international administrative law, by his own nature, is not the citizen of a State, a position he does have when his actions are carried out in the territory of a State and have territorial effects. Its normative function, however, has only personal effects (between the corporate citizen and the recipients of the standard, regardless of where they are) and is produced as we say in a supranational field.

This «citizenship» therefore does not correspond to the model of citizenship itself of the Liberal state, it is not a citizenship-juridical relationship between the state and the citizen, but an institutional citizenship: the corporate citizen is self-constitutive, and it forms part of a society of corporate citizens the same as him. It is a concept that necessarily derives the social character of supranational relations, where at least the States, the international organizations and the corporate citizens themselves intervene. It is therefore a greater scope than the traditional international Society of Public International law, in which the only actors are the territorial States, and in which the rest of the entities have a lower position (the international organizations) they have no room at all, at least not formally (private entities). In the Society of international entities, which exists parallel to the international society known since the nineteenth and twentieth centuries, the state and the corporate citizen have positions that tend to overlap, and it is a fact that often the second can challenge and even impose their rules on the first²⁷.

However, the reality is that today, the state conserves the monopoly of territorial power, and should use it to limit the power of the corporate citizen: the rules emanating from it must not have territorial effects if they do not pass through the control of the constitutional rule of law State according to its own internal rules. But that does not mean that these rules have to be rejected: what needs to be done is to be monitored. However, the corporate citizen cannot be denied his status as a citizen, even if the concept exceeds the limits of the concept of traditional citizenship in the liberal Nation-State. The recognition of the status of supranational citizen in corporate citizens must lead to the attribution of rights and legal-public duties in the exercise of their activity.

²⁷ As it is, obviously, the case of the Basel Committee and its regulations. See BARR, M. y MILLER, G. (2006): «Global Administrative Law: The View from Basel», *European Journal of International Law*, n. 17, pp. 1-17 and DE BELLIS, M. (2012): *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano: Giuffrè.

As far as their rights are concerned, they will be carried out in the territorial sphere in accordance with traditional administrative law, with the possibility of citizens subject to a particular administrative law (Spanish, Italian, German, or of course also the European Administrative Law regime) to claim to the corresponding administration what to their right they deem appropriate. But in the supranational area this will not suffice: outside the control of the territorial administrations, legal and public duties of the corporate citizens must come into play. And the time to demand compliance will be that of integrating supranational private standards into the law of the territorial State. Because in fact, although their effects are personal, they will de facto be applied in a territory, and it is the state with authority over that territory which must control the application of supranational norms. By means of the control of the application of its norms it is also controlled the fulfillment of its juridical-public duties. For example, the elaboration of an ISO standard without giving access to public audiences to the potentially affected actors, can justify, as we will see later, its territorial inapplicability. This control of the norm is at the same time a control of the subject from which it emanates, of the corporate citizen, so that the exercise of its normative functions will have no territorial effect if the subject has not complied with the legal-public duty of giving access to a public hearing. But in any case we must admit the institutionalization of the private entities that participate in the supranational society through its self-constitution as citizens: corporate citizens.

IV. Supranational private rules: concept or type?

The same reasoning that we have already done with the formation of concepts, is now applied to the formation of types. This is a methodological resource that was gaining importance as it has been gaining ground in the formation of concepts: it consists of the formation of groups of concretes that share a number of similar characteristics, but without necessarily all the characteristics must be given in all the concrete objects at the same time, and certainly without forming an «abstract» of the specific objects themselves. An object is of a type if it shares some of the characteristics that identify the type, certainly not all, but some of them. Thus, it can hypothetically be the case that two objects without common characteristics are types, provided that both have characteristics (different) of the type, or more likely to share one or very few features, but still are of the same type.

From this point of view, there are two kinds of private supranational rules²⁸. First of all, we have the rules of transnational effectiveness. These would be internal legal norms, but with the characteristic of having a certain international efficiency, or more precisely, transnational, because their effectiveness does not occur in the field of Public International Law, but in the territory of another State. These rules show a fundamental phenomenon of the internationalization of public law, and one of the typical objects of study of the Global law, namely, the effectiveness of the State standard, traditionally limited to the territory, in a foreign territory and subjected to its own State sovereignty and its own legal system. This is the case for example within the European Union when the mechanisms of mutual recognition come into play, or even with many rules which are not properly agreed, but all imposed by certain States, which have ultraterritorial effects, applying to foreign legal relations as soon as a national element intervenes, even if it is very tangential. This is the case with much of the American financial legislation. Separate mention would merit the extraterritoriality of criminal law, especially in the so-called European arrest warrants, the subject of great jurisprudential controversy, as we well know. But this is not going to be the object in which we focus on this work.

A second type of international norms are the norms of international organizations. These are characterized by the emanation of organizations constituted by States and often with legal-public status in international law, but which do not necessarily have the power to create standards, and even less that they can, hypothetically equate to laws or other international treaties, but they can exercise that *de facto* role as much as private entities do. Finally, some of these rules are proper resolutions of their appellate bodies, as is the case with the famous WTO Appeals Committee, but they are not identified by judicial resolutions (which are not) or with administrative acts, but with rules.

Finally, we would have the proper supranational private rules. These would be the norms emanating from supranational private entities, which deal with regulatory areas occupied by public law, and which have a potentially global effectiveness, but which require recognition in the State law in order to be applied territorially. However, these supranational private entities

²⁸ If this three-part distinction is ours, it is to be admitted that the idea of several types of international or supranational private rules and their conflict with national rules is already on the scientific literature. Vid. FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G. (2004): «Regime Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global Law», *Michigan Journal of International Law*, 25, 999-1046, y FISCHER-LESCANO, A. (2008): «Transnationales Verwaltungsrecht. Privatverwaltungsrecht, Verbandsklage und Kollisionsrecht nach der Aarhus Convention», *Juristenzeitung* 63. Classical is the problem with the USA financial legislation, and particularly the case of Sarbanes-Oxley Act. Vid. en todo caso RIBSTEIN, L.E. (2003).

correspond to the concept of corporate citizen, as well as the international organizations themselves, as creators of legal norms. Well, both types of rules should be considered «twin brothers»: to the extent that international law cannot absorb the standards, guidelines and recommendations emanating from the international organizations themselves, their effectiveness will be the same as that of the rules emanated from private entities, and the nature of the subject exercising the function also, because it can reduce its nature to that of a subject who exercises functions with legal-public relevance without the state legitimation. In short, the nature of the organization, public, private or de facto, does not condition the nature of the exercise of normative power, which is always private as long as it does not enjoy state legitimacy. Therefore, the rules arising from this exercise, whether they come from international organizations or private entities or meetings held informally, are always private and international. It is thus abolished the distinction between norms of international organizations and international private, because the determinant in its private character is not the nature of the subject of which they emanate, but of the nature of the exercise of the exercised function, that in So much that it is not stately legitimized, it is always private.

There is still one last point to clarify in this matter, the distinction between norm and act. Such a distinction is still to be developed in the Global Law, so that any decision in exercise of functions with legal-public relevance, even if it does not enjoy the requirement of the generality (so questioned in the theory of the legal standard) must refer to the concept of norm, at least until a concept of international act is formed. In fact, we also do not see clear the usefulness of this distinction in Global Law, where it would probably create nothing but confusion in an already confusing reality. We should remember, on the other hand, that despite the spectacular consolidation of the distinction between norm and act in all Western administrative doctrines in the second half of the twentieth century (including in the English one), the distinction was already subject to scrutiny by ZANOBINI, who did not reach any conclusive postulate, rather than to the political and aporistic nature of the distinction²⁹. For this reason, in this work we do not renounce the distinction, but simply assume that, in this first approximation, the treatment of supranational acts can be combined with that of supranational norms, redriving all supranational exercises of functions with legal and public relevance to the concept of legal norm, and thus unifying their control mechanisms. The future will tell whether the distinction fits and is useful in Global Law.

²⁹ Vid. the classic ZANOBINI (1917): «Sul fondamento dell'inderogabilità dei Regolamenti», *Rivista di Diritto Pubblico*, p. 15.

V. Incorporation of private supranational rules within State Law

1. Between Public and Private Law

As can already be seen, the distinction between public and private Law is of fundamental importance in the methodological treatment, not only of the supranational private norms, but of any phenomenon of contemporary law. But the perspective cannot be already the characterization of the norms within one or another sector of the sort, but on the contrary, the very reevaluation of the distinction, not of course for all the Law, but at least for the general Administrative Law doctrine³⁰.

That is to say that, as we understand, contemporary law has undergone two phases of transformation: the first, which is explained with the famous expression «publification of private law and privatization of public law», where the distinction is going diluted, but still exists. And the second, the current one, is that CASSESE, in its last edition of its Handbook of Administrative Law, exposes in describing the general Administrative Law (not only the global) as a matter not of public law, but of mixed law³¹.

On the contrary, private law has as its object the relations of life in society, protects private interests and serves the purposes of individuals, being their most general manifestation the civilian. Thus the judgement of the First Chamber of the Spanish Supreme Court of December 5, 1921 defines Civil Law as «*the call to judge all acts or facts of the social private life*». It beats in this sentence the state-society counterposition Hegelian in its purest essence, almost remembering the Austrian Civil code of 1811, almost like reading VON HUMBOLDT: the state, the public law, should not interfere in the relations of the social life, which belong to private law, that protected area of the state by the liberal legislator itself. The evolution of the modern state has led to the finding of more diffuse limits between public law and private law, which leave their mutual isolation, precisely because the era of the incommunication between state and society has ended: both communicate and make it constantly. However, the distinction still exists, and it is necessary as a guarantee of the freedom of the individual and

³⁰ On the distinction between public and private Law, vid. COLMEIRO, M. (1876): *Derecho Administrativo Español*, Madrid: Eduardo Martínez, p. 34; DE CASTRO Y BRAVO, F (1955): *Derecho Civil de España*, T. I y II, Madrid: Centro de Estudios Políticos, 3ª ed., p. 97; VELASCO CABALLERO, F. (2014): *Derecho público más Derecho privado*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, p. 101; LACRUZ BERDEJO (2010): *Elementos de Derecho Civil: I. Parte General Volumen Primero*. Madrid: Dykinson. (2010:97); ALMOGUERA (2002:97).

³¹ Vid. CASSESE, S. (dir.) *et al.* (2015): *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 5ª ed, Milán: Giuffrè Editore, pp. 3 y ss.

also of the groups in which it is integrated in front of the power of the state, as I have explained on several occasions.

Well, here is the nature of international standards. These are, in political-legal terms, an expression of the interaction between State and society, but in a way that subverts the normal order of this relationship, and gives it the form of an impulse of society to participate directly in the regulatory field of State. First, international standards can enter private regulatory objects of purely private interest, serving private purposes. And even in this case, the fact that the rule is a product of the exercise of a function of legal-public relevance justifies its hybrid character. Secondly, they can enter into regular areas materially subject to public law (which already regulates internal public law, and hence the conflict), invading areas of decision that correspond to the general interests and, serving the particular purposes of Those who approve the rule, serve at the same time to the general interests. For example, when several large multinationals agree on international quality codes in a particular sector, they enter an objective area of public law (the states already regulate some of these quality minima), serve the general interests (improvement of the quality of the product) and they do it for private purposes (reinforcing the brand image, for example), but they also concur, voluntarily or not, public purposes (the welfare of the consumers). In this case we are facing international norms of material content public law, generated by the society itself exercising also a public function. This implies a certain degree of privatization of public law, it is true, but it also means the assumption of private rules previously publified, so that the publication, the public character of international standards, is a prerequisite to the own incorporation of these rules domestic law. On the other hand, we have already said that we should not remain at the level of publication-privatization, but rather to conceive these standards as a hybrid product. From here the questions arise. For example, should these private agents be asked to create these rules, by virtue of what title they hold and exercise these functions with legal and public relevance? Should it be considered that they have some kind of legal relationship with the administration of the State in which the rules apply? Should they respect any procedures in the elaboration of their standards? Should they respect fundamental rights, and if so, with reference to their positiveness? We will answer these questions later. For now, it is enough to have clarified the hybrid character of private supranational rules.

2. The topical nature of Global Law

The aporistic reasoning is going to become a sign of identity of the thought of antiquity, and of course of the Roman law. The founder of the School of Mainz showed that the Roman juridical tradition was topical: that is the dialectical methodology employed by CICERO, and certainly also by all the Roman jurisprudence. The method of the case is opposed to the systematic method, and demonstrated for centuries its effectiveness through its capacity to adapt to historical circumstances, which motivated IHERING to see in Roman law a fine economic sense that adapted to the circumstances, in the face of the systematic dogmatization of the jurisprudence of concepts³². It is undeniable that the topical methodology has its own successes, at least in the legal field.

In the case of Spanish Law, it has been recently studied that the doctrine of the Council of State follows an undeniably topical approximation, which demonstrates the usefulness of this theory, according to the extraordinary level that always demonstrate this body and its professionals, with few rivals among our legal operators³³. In fact, the interest of the method lies in the methodology assumed by the implementing body of the standard to ask questions about the standard to make a decision about its application. This dialectic of questions is of scholastic origin, and is elaborated especially by RAIMUNDO LULIO, which constitutes the famous *Circulus Questiorum*³⁴.

The contrast between the aporistic tradition of Roman law and modern systematics can be seen with the following example on international standards. When foreign flows began to arrive in Rome, the Roman law reacted by solving its legal problems by creating a second praetor, the Praetor Peregrinus, whose jurisdiction was the litigation between non-Roman citizens, leaving the Praetor Urbanus in charge of the disputes between Roman citizens, because only the right of the civitas was applicable to them. This is a neatly topical solution: Roman Law focuses on solving specific problems one by one, offering each case a different response. In today's law, the phenomenon is the same, namely the emergence of private norms that, with a aporistic nature, solve the problems of contemporary life. However, the

³² VON IHERING, R. (1852-65): *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4 Bde. Leipzig: Breitkopf & Härtel.

³³ GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, P. (2016): «Tópica y doctrina del Consejo de Estado (sobre una manera jurídica de razonar)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 60, pp. 34-41.

³⁴ VIEHWEG, T. (1953): *Topik und Jurisprudenz*, Munich: C.H.Beck and in the Spanish version VIEHWEG, T. (1986): *Tópica y jurisprudencia*, Madrid: Taurus, p. 107.

systematic response we are going to propose will be very different from the Roman one. Supra-national standards shall not be subject to any kind of special jurisdiction, on the contrary, they shall be subject to the common jurisdiction, shall be examined together with the internal rules by the competent judicial body in each case, and it shall be the decision on its application. The judge, as the ultimate responsible for the application of the system's right, will be the key part of integrating and controlling supranational private standards³⁵. Well, this process of integration into the system is a consequence of our systematic conception of the legal order, which should streamline the topical character of Global law.

The introduction of this line of thought is very relevant for any study of general law, both public and private (the latter examined by the author of the book). In any case, for the purposes of my work the dichotomy is clear: traditional public law is systematic, and international norms are topical, respond to a methodology of Aristotelian *aporia* (a feature in which Global law would be heir to the Roman law, common law, School of the commentators). The international norms are, in short, a topical and aporistic approximation, that is to say, they address the problem, generated by the individual will or agreement of the private agents, and to those who are finally going to be applied. In this way, the function of the work in the end will be to incardinate these aporistic solutions (and therefore lacking coherence) in a territorial system of public law (as can be the Spanish legal order). We do not escape the acute critique of the systematization of the *aporia*: that this systematization of the topical means to insist on what failed LEIBNITZ, to systematize a medieval right that, following the Roman jurisprudence tradition and marked by the *mos italicus*, had always followed a topical approximation.

The problem is focused on integrating international norms, of a topical nature and with a special sensibility to favour the particular interests of those to whom they are applied, but incoherent with each other, so that they cannot at all constitute a System. Another important point to retain: such integration must be within the legal system of a particular state. But by its aporistic nature, international standards are destined to be incoherent with the system of any state. Precisely the procedure of legitimizing the norm, which I will study in the third part of this work, serves this purpose: the International standard is purged until it is verified

³⁵ Este aspecto de la teoría, es decir, la residencia de su control en manos del Juez ordinario que ha de decidir sobre la incorporación de la norma supranacional y de la resolución de su conflicto con la norma interna, si esta existe, se comprenderán especialmente en la conclusión del presente trabajo, cuando hablemos del «defensor de la Constitución» ante el Derecho Global.

whether it is applicable or not in the order: But if we are going to consider it applicable, it will be only admitting its integration, and that implies ensuring that the international standard is consistent with the rest of the system in which it integrates.

3. An International Law approach and its failure

As is understandable, both Global law and supranational private standards have experienced a first attempt at categorization by public international law, and this is also the terrain for which the philosophy of law has passed. However, as we have already explained, Global law- and therefore its standards-are supranational, and not international, because they are not and should not be an interstate phenomenon. However, an interesting internationalist proposal should be examined, also in order to understand its weaknesses.

An authoritative voice that has been pronounced very strongly in this regard is Professor BAYÓN, who has specifically devoted a study to the legal methodology in the field of internationalization of law. From this study there are many very suggestive points, but the most likely to be highlighted is the exhibition and critique of the so-called autonomous method³⁶. It would, of course, be a completely novel hermeneutical proposal adapted to the reality of global law, which would allow the reverting of centrifugal forces of the supranational into centripetal, redirecting the application of the Global Law itself.

The proposed solution within the context of the so-called «autonomous method» is that the international standard is isolated from the system of the State in which it is intended to apply. In this way, the *lex fori* is excluded from any application, not even interpretative, to the international standard, which is the subject of its own applicative system. This option has in its favour that it works in certain international treaties, singularly in the Vienna Convention on the International Sale of goods, which includes this method in its article 7.1. As is obvious from this precept, the functioning of this system is exceptional, and it always demands that a treaty, or even a whole branch of international law, be behind it, with its own rules and principles that resolve the interpretative problems and Lagoons. Understandably, this is not common in supranational private standards. And we do not even think it was desirable,

³⁶ BAYÓN MOHÍNO, J.C. (2009): «Internacionalización del Derecho y Metodología Jurídica», en DE FIGUEIREDO DIAS, J. (org.) (2009): *Internacionalização do Direito no novo século*, Coimbra: Boletim da faculdade de Direito, Coimbra Editora, pp. 13-41, p. 31 y ss. For other examples of this supposed legal autonomy see, vid. HEIDEMANN, M. (2013): «The autonomous interpretation method in international law with particular reference to the proposed European Sales Law I», *Amicus Curiae*, n. 93, pp. 21-30 and GEBAUER, M. (2000): «Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation», *Uniform Law Review*, n. 4, 683-705.

because it implies leaving all dogmatic control of the rule in the hands of its own author, which as we will see often lacks any democratic legitimacy to exercise its normative function, and sometimes does not even have internal self-control mechanisms (which in any case would not be sufficient). In other words, the autonomous method has the effect of protecting the effects of supranational rules on the control of state law. However, if in certain rules of public international law this effect is desirable, in Global Law it is not at all. This is why in this work we deliberately separate ourselves from this proposal.

This project, therefore, we must judge it as hardly viable, at least to this day. The reality of the current law is precisely the lack of uniformity, so that it is difficult to submit to supranational private rules the control (dogmatic, not to say already jurisdictional) of a single method at global level, nor even trying to unite several legal traditions, not even the continental and the Anglo-Saxon, which in addition to pretentiousness on the part of the Western legal world, would also be very difficult in practice.

On the contrary, the method we propose here is essentially State-based, because the State is still the territorial level in which the norm is going to be applied, and State-based are all the legal ties of the person and the immediate protection of their rights (without prejudice to the reviewing jurisdiction of certain international tribunals, of course). It is in state headquarters where the supranational private standard must be applied, and therefore it is in state headquarters where the submission to its constitutional principles and the fundamentals of legal order must be controlled. The territorial effectiveness that will be given to the supranational private standard legitimizes its state control, which can only admit that the rule is applied in one way, and this is integrating in the law of the State as an internal norm *ad casum*. It is not at all the «isolation» of the supranational private rule of the system that governs the law of the State, because the ordering produced by the legislator is the only one that has legitimacy to hold territorial efficiency, and therefore that its rules are applied effectively.

While the supranational private standard is outside the system, it may not be applied intraterritorially, and conversely, where the supranational private standard has been integrated into the system, it may be applied on an equal footing with the internal rules. However, what we do design, in attention to the peculiar characteristics of the supranational private rules, is a system of resolution of conflicts with other state norms, based above all on

the economic analysis of the right, once limited appropriately for the control of constitutional principles and fundamental rights.

4. The theory of recognition

We are already on the hands of the applicable legal standard, a specific supranational private standard. and has passed the controls of respect to the minimum level of fundamental rights and public order. We must first of all base the applicability of the supranational private standard. But it is necessary to return to our steps a moment to understand why a particular supranational private standard is applicable is not only relevant in fact, but legally.

The justification for *ad casum* legitimacy of supranational private standards is found in the theory of recognition³⁷. The theory of recognition has been unauthorized by the exclusive legislative power of the state, but exceeded this monopoly and in a context of exclusively private rules, which oblige its recipients only by decision or tacit recognition of these, the theory revives in this particular context³⁸. These origins must be found in the decree of GRATIANUS, which consecrated the doctrine *Leges institui cum promulgantur; cum moribus suscipiuntur*. This concept that formal laws need to be «received» by custom was already denied by the first wave of centralization in the 16th century, whose academic protagonists must be found of course in the school of Salamanca, and especially in its great Philosopher, FRANCISCO SUÁREZ. For SUÁREZ, recognizing that formal laws require acceptance of their recipients means denying the Prince's power by dictating the laws. Acceptance, it tells us, is not a condition of the obligatory of the law (efficacy) but reversely, is a consequence: the law obliges its observance and therefore to its acceptance. Acceptance of the law is not an option for the recipient, but a consequence of the Prince's perfect legislative powers. Here is the modern state. But SUÁREZ's modernity in the face of the rest of European doctrine is not a novelty³⁹.

Then the debate is repeated in the twentieth century between BIERLING and Kelsen. The theory of the recognition of the first (of which we take the name, constituting thus what

³⁷ RÜTHERS, B., FISCHER, C. Y BIRK, A. (2013): *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Munich: C.H. Beck speak about the necessity of recognition for the norm to be democratically effective (RÜTHERS *et al.*, (2013:206). SCHMIDT-ASSMANN focuses on the reception on European Law by National Law, which is a different phenomenon (SCHMIDT-ASSMANN, (2003:9).

³⁸ In general terms on this LEGAZ Y LACAMBRA, L. (1961): *Filosofía del Derecho* (2ª ed.), Barcelona: Bosch p. 404.

³⁹ Vid. SUÁREZ (1872: I, XI, 5 y III, XIX, 3, 6, 9).

we call subjective applicability of the supranational private standard) does not admit the validity of the norms not recognized by their consignees. But in the face of this we must return to SUÁREZ's argument: recognition is the effect of the rule, not its cause, or at least it has not been shown to be so. That is why the Jesuit jurist and theologian said that they did not violate the law those who did not follow his mandate as a result of many others who had stopped following it (assuming the disuse) but it does so the first one who ignored it. It seems that the custom in Suarez would have effective repeal of the law, but that a majority of defaulters can repeal the norm (always fulfilling the requirements of the custom: *corpus*, *animus* and consolidation of both in time) does not mean that the law require acceptance to be valid. The rule is valid as a consequence of the fullness of the legislative power of the prince, that four centuries later will be in KELSEN that of the state, now democratically legitimized rule of law⁴⁰.

5. The so called «soft law»

We cannot abandon the dogmatic analysis of the law of the State without first addressing a major problem of modern law, which fully affects our subject of study: the so-called soft law. In fact, the vast majority of supranational private standards respond to the scheme of a priori non-binding law, with names of the most diverse, such as guidelines, recommendations, or others. This phenomenon occurs even in supranational ordinations which are, theoretically, built on the model of sources of the law of the State dogmatic, as is the own right of the European Union. However, the analysis below is applicable to the supranational rules of soft law, in general, but not necessarily to European law, which, although it has a questionable appeal to this instrument, does have a system of sources which is strong enough to answer for itself to the question of where to place the soft right within the system. But in general terms, we believe that soft law is actually a valid right that requires being received to be effective, but that once the reception is formulated, it is perfectly applicable, and of which it is possible to derive responsibility from the Legislator.

We say that deserves special mention the controversial phenomenon of the so-called soft law. As we will see in the special part of this work, the soft law is the umbrella under which they intend to shelter many supranational private norms, qualifying to themselves as recommendations, guidelines or similar. Understandably, we know that in law you do not

⁴⁰ Sobre esto vid. VON BIERLING, E. R. (1894), KELSEN, H. (1911) and LEGAZ (1961:405).

have to trust the *nomen iuris*. Then, there is a doubt as to what these so-called soft law standards are.

This is not the place to make a general cause against the phenomenon, on the other hand very reprehensible. With the alleged protection of Anglo-Saxon law, a series of prescriptive statements of dubious normative character are introduced into the continental legal systems. This happens both at the intrasystemic level, within state legal systems, and at suprasystemic level, in supra-national law. Yes we must highlight the criticism, often taken to light, according to which the soft law would be a subterfuge to avoid the control of the rules and decisions that are covered in it⁴¹.

In our opinion, the study of the so-called soft law, which usually leads us to jurists to an inevitably ambiguous position, should not be based solely on the territorial legislative authority of the State, or assume a priori that this is the only valid exercise of the normative function. Understandably, the validity and effectiveness criteria that govern the Law in the State cannot be applied to the soft law. The «soft law» rule cannot be identified with a standard that has been approved according to the procedure and which is obligatory on the territory as a result of its own formal validity. In fact, it is often the opposite: the rule of «soft law» is such because it has not followed the procedure, and it remains on the recommendation precisely because for some reason its legislator has wanted to dictate it avoiding the procedure, even at the risk of provide it with a lower efficiency.

With the reception theory, this problem is solved. If a supranational private standard, for example, the famous standard ISO 19600:2014 on regulatory compliance-which it declares in its article 2 to lack normative content-all it is doing is acknowledging its *a priori* inefficiency, both territorial and personal. It lacks territorial efficiency because it is only in the hands of the State; and it lacks personal efficacy because even if its recipients are specific subjects,

⁴¹ On this vid. LA TORRE, M. (2016): «El Brexit y la miseria del constitucionalismo global», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 64, pp 4-11 and SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2006): La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law, *Cuadernos de Derecho Público*, 28, 221-266, y (2008): *El "soft law" administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid: Civitas; ALKAN OLSSON, I. (2013): «Four Competing Approaches to International Soft Law», *Scandinavian Studies in Law*, n.58, pp. 178-196; DI ROBILANT, A. (2013): «Genealogies of Soft Law», *Scandinavian Studies in Law*, n. 58, pp. 218-268; DEL TORO HUERTA, M.I. (2006): «El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, pp. 513-549; MEYER, T. (2008): «Soft Law As Delegation», *Fordham International Law Journal*, v. 32, n. 3, pp. 888-942; BYRNES, R. y LAWRENCE, P. (2015): «Can 'Soft Law' Solve 'Hard Problems'? Justice, Legal Form and the Durban-Mandated Climate Negotiations», *The University of Tasmania Law Review*, v. 34, n. 1, pp. 34-67; PIETRZYKOWSKI, T., GIZBERT-STUDNICKI, T. (2004): «Positivismo blando y la distinción entre Derecho y moral», *Doxa*, n. 27, pp. 63-80; GUZMAN, A.T. y MEYER, T.L. (2010): «International Soft Law», *J. Legal Analysis*, n. 2, pp. 171-225.

personal efficiency requires, in my opinion, the recognition of the subject addressed to the standard. That is to say that the recognition of the target subjects can only be saved through territorial efficiency, which is beyond the scope of supranational norms.

Therefore, «recommendations» are not ineffective other than other supranational private standards. In fact, they are exactly the same as the rest: they are declared binding or not for the subjects, they require the recognition of the subjects to which they are going to apply. Another thing will be that in a particular organization (in a corporate citizen) the infringement of a standard declared to itself binding is punished and the infringement of a recommendation does not. Of course, if the violation of the rule is punished, we must assume that it is binding, even if it declares itself merely a recommendation, and even if the sanction is merely the expulsion of the organization.

Of course, as in this work we do not maintain an essentialist conception, but instrumental of the sanction, we believe that there may be compulsory supranational private rules without sanction (or without explicit sanction, or legally categorized). Therefore, the criterion for determining whether a «recommendation» is binding or not is the same as in the case of supranational private standards declared mandatory: recognition. If the recipient recognizes the rule as applicable to himself, the rule is binding for him although it is intitule recommendation, whether it is the recipient who alleges it as if the claim is the opposite, and it manages to prove the reception of the standard.

Thus, it will be necessary an *ad casum* analysis to know which soft law rules are binding in each course. But as a general principle, soft law in the supranational field only means, in our opinion, a lack of general effectiveness of the norm vis-a-vis its recipients, which however they can assume it as obligatory. This is a common feature of all supranational private standards, so the concept of soft law does not add anything that we do not know as a category.

PARTE § I. INTRODUCCIÓN
METODOLÓGICA Y CONCEPTOS
FUNDAMENTALES

§ Capítulo 1. Presupuestos dogmático-conceptuales

I. Justificación de la estructura del trabajo

En las siguientes líneas pretendemos exponer los fundamentos teóricos que permiten hablar de la existencia de un Derecho Global y de sus normas, las normas privadas supranacionales. Entendemos que el primer paso debe ser la delimitación de la realidad jurídica a analizar, lo cual nos lleva necesariamente a proponer una visión de conjunto de las aporías manifestadas en el Derecho Público Global. Para ello formaremos tres conceptos sobre los que pivotará el estudio en su conjunto: el concepto de Derecho Global y el concepto de ciudadano corporativo, que será el sujeto privado que ejerce *de facto* funciones jurídico-públicas. A ellos se suma el que es, realmente, el objeto de estudio del presente trabajo, el concepto y tipos de norma privada supranacional, o simplemente norma supranacional, dualidad terminológica sinónima con la que jugaremos indistintamente. Por tanto, el presente trabajo tiene un importante componente metodológico. Necesitamos dotarnos de instrumentos para categorizar los elementos propios del Derecho Global y, en particular, el fenómeno más sobresaliente de éste, que es el que estudiamos aquí, el de sus normas, aunque a cuenta de éstas, como se verá, nos acercamos también a sus sujetos y a sus sistemas de control.

Esta pretensión nos aboca a una estructura del trabajo en cuatro partes, de manera que, si en la Introducción hemos desplegado un primer análisis ilustrativo de la cuestión, en esta Parte § I vamos a examinar los presupuestos metodológicos del estudio. En la Parte § II expondremos también nuestra construcción de la norma privada supranacional, su relación con el resto de normas jurídicas (de las que es, en nuestra opinión, un tipo) y especialmente su imperfecto encaje en la distinción Derecho público-Derecho privado y entre las normas internacionales (contexto éste del que la hemos sustraído). Esta Parte se identifica con lo que denominamos la «*recepción subjetiva*» de la norma privada supranacional.

Una vez analizada la naturaleza de las normas privadas supranacionales, en la Parte § III abordaremos su control mediante lo que llamamos «*procedimiento de legitimación*» o fase de «*recepción objetiva*», en el que la norma pasa de ser reconocida por un sujeto privado a ser reconocida por un Juez nacional para su aplicación *ad casum* en el territorio del Estado. En la Parte § IV, cerraremos la última cuestión con lo que hemos denominado fase de «*aplicabilidad funcional*», es decir, la aplicación de una norma privada supranacional en el espacio que deja una laguna en el ordenamiento jurídico estatal, o bien desplazando una norma jurídica

interna, y por tanto la resolución del conflicto entre ambas. El trabajo se cierra con unas conclusiones que son, en realidad, una nueva perspectiva general (una última vuelta en espiral al conjunto del trabajo) donde consagramos al Juez ordinario como el encargado del control de las normas privadas supranacionales, como un auténtico Defensor de la Constitución ante el Derecho Global.

En todo caso, merece la pena exponer ya el hilo conductor de la teoría de las normas privadas supranacionales, que se traduce en el análisis de su aplicabilidad, distinguiendo las tres fases de aplicación mencionadas. En primer lugar, el reconocimiento de la norma privada supranacional por el sujeto al que ha de ser aplicada, que denominamos la identidad entre voluntad y sujeción o «*aplicabilidad subjetiva*», es decir, imputación de los efectos de la norma sobre el sujeto (Parte § II). En segundo lugar, la integración de la norma en el ordenamiento jurídico del Estado, que es determinante para el despliegue de sus efectos sobre un espacio físico (territorio), a lo que denominamos «*aplicabilidad objetiva*» (Parte § III). Y en tercer lugar, la resolución del conflicto que se produzca entre esta norma privada supranacional y una norma interna ya existente en el ordenamiento jurídico del Estado -principio o regla-, o bien la ocupación del espacio jurídico vacío en caso de que exista una laguna en el ordenamiento interno, fase ésta tercera a la que denominamos «*aplicabilidad funcional*» (Parte § IV).

El trabajo abarca por tanto un análisis de la naturaleza de las normas privadas supranacionales desde el examen previo de la rama del Derecho en la que se sitúan, hasta su aplicación última desplazando a una norma interna, en aquellos casos en los que se plantee un conflicto entre una norma regulatoria privada supranacional y una norma de Derecho interno. Ahora bien, para que se verifique este fenómeno, necesariamente debe venir precedido de otros: la existencia de sujetos privados que crean las normas, el devenir de las normas privadas supranacionales en obligatorias y vinculantes para los sujetos y cómo se incardinan éstas en el sistema de fuentes interno.

Una segunda faceta de la propuesta, de cariz práctico, es la identificación de sectores de referencia que inductivamente permitan lograr resultados teóricos integrables en la parte general del Derecho Administrativo⁴². El objetivo de la introducción de sectores de referencia

⁴² Como referencia fundamental en este aspecto, asumimos la propuesta de sectores de SCHMIDT-ASSMANN, E. (2004): *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª ed. Berlin:Springer, traducción española de la edición anterior en SCHMIDT-ASSMANN (2003): *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid: Marcial Pons, esp. p. 11.

en este trabajo es aportar un punto de vista pragmático, en el sentido de mostrar el reflejo de la teoría expuesta en la práctica jurídica, y no tanto explicar en profundidad los sectores del Derecho Administrativo Global y sus normas reguladoras, que no son en sí mismos el objeto específico del presente trabajo.

Para abordar estos ejemplos prácticos hemos optado por una miscelánea de ejemplos que pueden traerse a colación (sector bancario -mención especial del Comité de Basilea-, medio ambiente, deporte, minería espacial, *blockchain*, entre otros muchos), intercalándolos a lo largo del trabajo. De entre ellos destacan cuatro sectores. En primer lugar, un sector que es a su vez un crisol de sectores: el bancario y financiero; y una norma en concreto de éste, la Convención de Basilea III, como gran ejemplo. Tendremos también un ejemplo de dos normas supranacionales de Derecho ambiental en materia de certificación, y el ejemplo de los conflictos internormativos supranacional-nacional en el ámbito del Derecho deportivo. En cuarto lugar, analizaremos un ejemplo extraído del ámbito del arbitraje internacional, como ejemplos más destacables, juntos con otros del sector agroalimentario o el Derecho comparado.

II. Contexto socio-jurídico de las normas privadas supranacionales

1. Contexto político

El fenómeno del Derecho Global y sus normas aparecen en un contexto político, económico y jurídico, como el actual, que no deja de resultar complejo de definir⁴³. La posición de los sujetos privados en las relaciones internacionales⁴⁴, el nivel normativo global⁴⁵ y su relevancia

⁴³ Para algunas referencias generalistas sobre dicho contexto -y sólo algunas, a título ilustrativo- vid. CASSESE, S. (2009a): *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino: Einaudi (hay traducción española de GUTIÉRREZ ALONSO, J.J.: CASSESE, S. (2010): *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Sevilla: Editorial Derecho Global, Global Law Press, Sevilla), pp. 3 y ss.; MIR PUIGPELAT, O. (2004): *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid: Thomson-Civitas, pp. 25 y ss. y RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2010): «El Derecho Administrativo Global: un derecho principal», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 76, pp. 15-68, pp. 16 y ss.

⁴⁴ Fenómeno que desarrollaremos en el presente trabajo, pero que ha sido reconocido en el ámbito de las relaciones internacionales desde hace décadas. Así, se ha observado la importancia normativa tanto de las llamadas ONG como de las empresas multinacionales, por lo general en este segundo caso con grandes -y comprensibles- reticencias, vid. MERLE, M. (1980): *Sociología de las Relaciones Internacionales*, Madrid: Alianza (trad. R. Mesa), p. 340.

⁴⁵ Vid. CASSESE, S. (dir.) *et al.* (2015): *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 5ª ed, Milán: Giuffrè Editore, pp. 3 y ss.

metodológica⁴⁶ son algunos de estos retos conceptuales. En el presente trabajo aspiramos a una construcción dogmática de la normatividad de este fenómeno regulatorio⁴⁷. La polémica expresión «*New World Order*» sirve como punto de referencia para introducir este debate⁴⁸, aunque nos alejemos necesariamente de su dimensión política o polemista en el presente estudio⁴⁹. Para nosotros, tal concepto se correspondería con el surgimiento de un orden supranacional que ha superado su etapa internacional, en el que los Estados siguen siendo sus participantes más poderosos, pero ya no los únicos, y conviven y comparten el ejercicio de un poder fáctico con otros entes, algunos jurídico-públicos (las Organizaciones Internacionales) y otros jurídico-privados (asociaciones de reguladores o las propias multinacionales) y además aquellos naturaleza ambigua o incluso no formalmente constituidos (caso clásico, el Comité de Basilea) que en absoluto son un error imprudente del sistema: los denominaremos «*ciudadanos corporativos*».

⁴⁶ Que ha sido recientemente subrayada por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018): «Criterios para la ordenación de las relaciones internormativas (jerarquía, competencia, prevalencia, supletoriedad y primacía aplicativa) a los cuarenta años de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978», en BARNES, J., GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., ORTEGA CARBALLO, C. y RODRÍGUEZ PUÑAL, E. (coords.): *Entre Tribunales. Libro Homenaje a Pablo García Manzano*, Madrid: Marcial Pons, pp. 97-123., p. 99 *ab initio*.

⁴⁷ La normatividad de las normas privadas supranacionales como problema difiere, como se verá, de la conceptualización o fundamentación del Derecho Global, por más que abordemos ésta como un precedente necesario e ineludible de aquélla. El segundo problema es heredero de una larga tradición: un buen ejemplo es el de STAMMLER, R. (1970): *Theorie der Rechtswissenschaft*, Darmstadt: Scientia Verlag Aalen (sobre la 2ª de 1923), edición española de (1930): *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid: Reus., que habla ya de un Derecho sin Estado (1970:258) que parece reducir a un acto de poder, o incluso de un Derecho Mundial (1970:262) como una suerte de conexión de todo Derecho particular. El Derecho Global actual difiere bastante de estas propuestas, y a su vez dentro de éstas encontramos el problema de la normatividad como aporía específica.

⁴⁸ SLAUGHTER, A. M. (2004a): *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press emplea este término para referirse a un «*system of global governance*» fundado en la cooperación entre Estados, la protección del medio ambiente y le promoción de los derechos humanos, entre otros objetivos políticos (p. 15). En fin, una conceptualización muy diferente de la que se maneja en tono crítico y conjuratorio.

⁴⁹ En cierto modo, el concepto parece heredero de una pregunta con tanta solera como aquélla de «Quién manda en el mundo», que ya se formulara ORTEGA en ORTEGA Y GASSET, J. (1937/2013): *La rebelión de las masas*, Madrid: Austral, p. 187. En este sentido, y con referencia explícita a esta obra, vid. CASSESE, S. (2017): *Governing the World*, en CASSESE, S.: *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 502-511, p. 502.

2. Precedentes doctrinales

Las referencias a la internacionalización de las relaciones administrativas existen desde hace largo tiempo⁵⁰. En España hay, igualmente, una bibliografía copiosa, aunque ciertamente aún hay margen para el desarrollo de los aspectos dogmáticos de la disciplina⁵¹. Destacan propuestas que aspiran a concebirlo como un «Derecho Humanitario»⁵². Sin embargo, hábilmente, tanto la doctrina comparada alemana e italiana pero sobre todo la norteamericana han subrayado la importancia fundamental de los intereses económicos en este nuevo fenómeno jurídico⁵³. Puede decirse que la vertiente humanitaria existe, pero la responsabilidad de exigirla caerá del lado de los instrumentos y órganos de control⁵⁴. Por otra parte, es necesario trazar una distinción, aunque sea sólo a efectos expositivos, entre Derecho

⁵⁰ Ejemplos famosos son VON STEIN (1882): «Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht», *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, n. 6, p. 395; MAYER, O. (1896): *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig: Duncker & Humboldt, Parte II, pp. 453 y ss.; NEGULESCO, P. (1935): «Principes du droit international administratif», *Recueil Des Cours*, n. 51, p. 579 y GASCÓN Y MARÍN, J. (1935): *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, p. 87, que cita a algunos de los anteriores, y es citado también por MEILÁN GIL, J. L. (2013): *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Sevilla: Global Law Press y también por BALLBÉ, M. (2007): «El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, n. 174, pp. 2015-276, así como el trabajo sobre el desarrollo de esta idea en GASCÓN: GONZÁLEZ CAMPOS, J. (1962): «El concepto de Derecho Administrativo Internacional en la obra del profesor Gascón y Marín», *Asociación Francisco de Vitoria*, CSIC.

⁵¹ Sobre la cuestión del Derecho Administrativo Global en España, hasta ahora, además de las obras ya citadas, vid. v.gr. ALLI ARANGUREN, J. C. (2004): *Derecho Administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004 y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2004): «Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo: presupuestos de una relación», *Revista de Administración Pública*, núm. 164, pp. 7-39, y más recientemente URREA SALAZAR, M. (2017): «Global Law: Metodología o Nuevo Derecho», *Revista Aranzadi de Unión Europea*, n. 5-2017, pp. 87-99.

⁵² Es la propuesta de DOMINGO OSLE, R. (2008): *¿Qué es el Derecho Global?*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, también expresada en DOMINGO OSLE, R. (2009): «La pirámide del Derecho Global», *Persona y Derecho*, n. 60, pp. 29-62 y DOMINGO OSLE (2012): «Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 96, pp. 99-123. Sobre la posición central de la persona en el Derecho Público (asumida también entre los privatistas españoles del siglo XX) vid. sobre todo GONZÁLEZ-POSADA y BIESCA, A. (1928): *Tratado de Derecho Político*, vol. I Madrid: Victoriano Suárez, pp. 80 y ss. recogiendo fundamentalmente doctrinas krausistas, pero también otras de las tradiciones jurídicas europeas.

⁵³ Vid. por ejemplo SHAPIRO, M. (1993): «The Globalization of Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 1, pp. 37-64.

⁵⁴ Para una teoría del control en general, vid. AGUDO GONZÁLEZ, J. (2018a): *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Cizur Menor: Civitas.

Administrativo Global y Constitucionalismo Global⁵⁵. El Constitucionalismo Global consistiría en un conjunto de principios compartidos y universalmente aceptados por los Estados constitucionales de Derecho, que permitiera asegurar unos mínimos principios constitucionales dentro del territorio de cada uno de ellos, a la par que promocionaría tales principios en aquellos otros Estados que, aunque plenamente personificados y participantes en la sociedad internacional, no pueden calificarse como Estados de Derecho. Por contra, el Derecho Administrativo Global designaría la vertiente sectorial del fenómeno jurídico global, es decir, la creación y aplicación de normas concretas a sectores económicos de referencia particulares. Ambos, Constitucionalismo Global y Derecho Administrativo Global, no son categorías tajantemente delimitadas, sino que designan espacios dentro de una realidad más amplia, que denominaremos Derecho Público Global, o sencillamente, Derecho Global. Como se verá, no es baladí el empleo de estos términos: Derecho Global parece preferible a Derecho Público Global, pues como veremos un rasgo clave del fenómeno será la hibridación; pero no deja de ser útil subrayar que, en conjunto, el mayor impacto del Derecho Global se produce sobre instituciones que (como las funciones normativa y de control) se califican como Derecho Público en el Derecho interno, y de ahí la pertinencia de la denominación de Derecho Público Global para referirnos conjuntamente al Constitucionalismo Global y al Derecho Administrativo Global⁵⁶. Al conjunto de la

⁵⁵ La bibliografía sobre el Constitucionalismo Global es ingente, y su enumeración poco práctica a los efectos del presente trabajo. No debe ignorarse, en todo caso, la importancia de esta línea doctrinal, en la que siempre está presente -en mayor o menor medida- una pulsión crítica con el propio fenómeno, cuyas insuficiencias son tan manifiestas como la oportunidad que ofrece. En todo caso, vid. VON BOGDANDY, A., DANN, P. y GOLDMANN, M. (2008): «Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities», *German Law Journal*, v. 9, n. 11, pp. 1375-1400; STOLLEIS, M., PAULUS, A. y GUTIERREZ, I. (2013): *El Derecho constitucional de la globalización*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo; MALARET GARCÍA, E. (2013): «Le malaise de la globalisation, la crise économique et les déséquilibres dans la structure des pouvoirs de décision», *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 25, n. 1, pp. 183-231; FERRAJOLI, L. (1996): «Beyond Sovereignty and Citizenship: a Global Constitutionalism», en BELLAMY, R. (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Aldershot, Avebury, pp. 151-159 y SLAUGHTER, A.M. y BURKE-WHITE, W.W., (2002): «An International Constitutional Moment», *Harvard International Law Journal*, v. 43, n. 1, pp. 2-21.

⁵⁶ Sobre el Derecho Administrativo Global vid. sobre todo CASSESE, S. (2009:11) y AUBY, J.B. (2010): *La globalisation, le droit et l'Etat*, 2ª ed., Paris: Lextenso Éditions [Hay traducción española de la primera edición en AUBY, J.B. (2013): *La Globalización, el Derecho y el Estado*, Sevilla: Global Law Press], entre, en fin, muchos otros trabajos que serán citados cuando corresponda. De nuevo, el autor italiano puede considerarse, en Europa, la referencia doctrinal del fenómeno. Curiosamente, en contra del criterio mayoritario sobre la «medievalización» jurídica en el orden global, en el sentido de su carácter fragmentario, el autor considera que este es un rasgo que también puede encontrarse en el Derecho estatal. Sin embargo, en el Derecho Administrativo Global identifica tres defectos: falta de la cualidad de ordenamiento jurídico y un gobierno común; falta de legitimación; y falta de eficacia. Por tanto, la legitimación del Derecho Global no se puede alcanzar mediante una suerte de parlamentarismo cosmopolita que no existe en el mundo actual, sino que sigue requiriendo del Estado constitucional de Derecho como pieza clave del control del fenómeno -como veremos, a través del Juez ordinario-. Para un examen de la doctrina europea sobre la materia véase GUICHOT REINA, E. (2012): «Globalización jurídica y Derecho Público. Recientes aportaciones en la doctrina europea», *Revista de Administración Pública*, n. 187, pp. 305-326.

problemática del Derecho Global nos referiremos también sencillamente -y tal y como ya hemos venido haciendo- como «el fenómeno jurídico global». Esta doctrina insiste también, por lo general en que el aspecto más complicado del Derecho Global es aquél en el que intervienen sujetos privados no pertenecientes ni representantes de ningún Estado⁵⁷.

3. Sectores de referencia

Ahora bien, por el momento tiene mayor interés hacer cierta alusión a los sectores de referencia más importantes en los que aparecen las normas supranacionales para que pueda entenderse en qué ámbitos éstas ostentan mayor importancia, siempre advirtiendo que estos sectores son innumerables. Entre ellos podemos citar, además de aquellos que abordaremos en los casos concretos (financiero y bancario, medioambiente, deportivo y arbitraje) los siguientes: el agroalimentario, aguas, mercado interior europeo y libre circulación de capitales, personas y servicios, así como el derecho del trabajo, convenios colectivos globales y fenómenos controvertidos de Derecho de las nuevas tecnologías, como algunos de los llamados *smart contracts* y sobre todo las famosas *blockchains*, que se emplean tanto en las relaciones mercantiles como laborales⁵⁸, y que son ejemplos de Derecho Global que perfectamente podrían ser abordados desde un punto de vista del Derecho público⁵⁹.

⁵⁷ «*Il quadro si fa però più complicato se si considera la parte dell'ordinamento globale autonoma dagli stati: ad esempio, l'Icann e la Iosco. Queste organizzazioni non sono state costituiti dagli Stati e, quindi, non hanno neppure una legittimazione indiretta*», CASSESE (2009:28). Sobre la regulación de los posibles procedimientos a nivel supranacional que podrían seguir estos sujetos, la obra de referencia es ya DELLA CANANEA, G. (2016): *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*. Oxford: OUP, cuyas propuestas examinaremos más adelante.

⁵⁸ Por ejemplo, en el sector del Derecho del Trabajo y la profunda incidencia que sobre él ejerce el Derecho Global, nos remitimos a una obra que ha abordado el tema recientemente (tanto en sentido amplio como en su incidencia en las relaciones laborales) si bien -como es en cierto modo comprensible- desde la reticencia crítica: vid. MONEREO PÉREZ, J.L. (2015): *Espacio de lo político y orden internacional: la teoría política de Carl Schmitt*, Vilassar de Dalt, Barcelona: El Viejo Topo, D.L.

⁵⁹ En realidad, los dos problemas axiales del Derecho Global, y en particular de la rama que se califica como Derecho Administrativo Global, es decir, la proliferación de normas técnicas valoradas por los operadores privados por haber sido dictadas por expertos, y la enorme dificultad de su control por parte de los órganos judiciales, especialmente sobre el fondo, es en realidad la dimensión global de un problema típicamente moderno del Derecho Administrativo estatal, que es precisamente el control de las disposiciones y decisiones técnicas emitidas por lo que genéricamente podemos llamar las «entidades reguladoras». Sobre esto, vid. ARIÑO ORTIZ, G. (2010): «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, n. 182, pp. 9-37. El autor examina la clave nacional del problema que nosotros examinamos a nivel global, y no casualmente concluye que una posible respuesta al control de la discrecionalidad de la Administración puede encontrarse en el recurso a fuentes del Derecho nuevas, incluso al llamado *soft law*. Así, si la exigencia a éstas entidades reguladoras (que son de Derecho Público y estatales, más allá de su mayor o menor grado de dependencia de una concreta Administración Pública o Gobierno) de un «razonable ejercicio de un poder discrecional» (ARIÑO, 2010:14) resultaba ya extremadamente difícil, es prácticamente imposible en el ámbito de lo global. Pues bien, proponer una teoría jurídica que posibilite tal control es el objetivo del presente trabajo. En general, sobre las normas técnicas vid. CAIA, G., ANDREINI, P. (coords.) et al. (1995): *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, Bologna: Il Mulino.

4. Ejemplo. Internet y nuevas tecnologías

Existe ya una bibliografía abundante en lo que respecta a la gobernanza de internet⁶⁰. Aquí el ámbito jurídico global está presidido por un ciudadano corporativo, el ICANN, que tiene naturaleza jurídico-privada y sin ánimo de lucro (cosa habitual entre los ciudadanos corporativos) pero que a pesar de esto tiene su origen en un compromiso informal del gobierno norteamericano⁶¹. Pero no debemos caer en el error de que los elementos de lo global se limitan a este ciudadano corporativo matriz. Es más, las propias compañías fabricantes y programadoras tienen un papel protagonista en la regulación de internet, pues su propio producto industrial debe concebirse él mismo como una forma de regulación. Veamos esto con dos ejemplos.

En primer lugar, es útil acercarse al ejemplo de los llamados *smart contracts*. Lo primero que hay que advertir es el origen de esta misma expresión, que en la actualidad se emplea con enorme profusión en el mundo jurídico, aunque no fue concebida por juristas sino por informáticos, y su auténtica formación como concepto jurídico está, a nuestro modo de ver, pendiente⁶². En un informe sobre los *smart contracts*, el Senado norteamericano encontró que *«While smart contracts might sound new, the concept is rooted in basic contract law. Usually, the judicial system adjudicates contractual disputes and enforces terms, but it is also common to have another arbitration method, especially for international transactions. With smart contracts, a program enforces the contract built*

⁶⁰ Ha estudiado el tema en detalle en Italia CAROTTI, B. (2007): «L'ICANN è la Governance di l'Internet», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, pp. 681-721 y CAROTTI, B. (2016): *Il sistema di governo di Internet*, Milano: Giuffrè, y han empleado también el ICANN como ejemplo DANN, P. y VON ENGELHARDT, M. (2011): «The Global Administrative Order Through a German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany», *German Law Journal*, vol. 12, núm. 7, pp. 1371-1387, p. 1377.

⁶¹ Según su propia definición, «*ICANN grew out of a 1998 commitment from the U.S. Government to transfer the management of the domain name system to a new non-profit corporation based in the U.S. with global participation*» (<https://www.icann.org/en/history/icann-usg>).

⁶² La idea proviene de SZABO, N. (1997): «Formalizing and Securing Relationships on Public Networks», *First Monday*, v. 2, n. 9, autor que caracteriza (más que define) los smart contracts como sigue: «*Smart contracts reduce mental and computational transaction costs imposed by either principals, third parties, or their tools. The contractual phases of search, negotiation, commitment, performance, and adjudication constitute the realm of smart contracts. [...] Smart contracts utilize protocols and user interfaces to facilitate all steps of the contracting process. This gives us new ways to formalize and secure digital relationships which are far more functional than their inanimate paper-based ancestors*» (disponible en <https://ojphi.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>). Este artículo es sin duda la obra fundacional de la disciplina; parece ser también que el autor es igualmente un reputado jurista -además de ingeniero informático-. En cualquier caso, y a pesar de su importante perfil técnico, seguimos pensando que falta una caracterización jurídica completa del fenómeno, pero sobre todo es necesaria la asunción que proponemos aquí: que el programa informático de los *smart contracts* (y los programas informáticos en general, cuando tienen consecuencias jurídicas) funcionan ellos mismos como normas privadas supranacionales, porque determinan las consecuencias jurídicas de las instituciones en cuya ejecución se aplican.

into the code»⁶³. El análisis está, a nuestro modo de ver, en lo cierto, pero olvida un punto importante, y es que esos mecanismos de arbitraje, además de tener un carácter contractual, se sustentan también en un fuerte entramado normativo e institucional. En otras palabras, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos requieren no sólo cláusulas contractuales sino aparatos normativos y organizativos complejos que los sostengan, establecidos por las instituciones que los desarrollan, normas de procedimiento, entre otros recursos. Pues bien exactamente lo mismo es cierto para los *smart contracts*: la esperada revolución que proponen para la ejecución contractual es a su vez un entramado normativo, en el que parte de las normas jurídicamente relevantes serán los propios programas informáticos. Por ejemplo, cuando un *smart contract* programa la ejecución de una transacción mediante una determinada tecnología informática, un determinado *software*, este *software* es normativo. Si una compraventa de acciones debe ejecutarse un día determinado de un mes determinado, y el *software* que utiliza ese *smart contract* automáticamente ejecuta esta operación a las 9 en punto de la mañana, mandando una orden a la cuenta bancaria del comprador para hacer un cargo y haciendo posteriormente una anotación automática de cambio de titularidad de los bienes objeto de transacción, y si tal ejecución tarda un determinado plazo de tiempo -unos minutos, por ejemplo, o unos segundos-, todos estos detalles y otras vicisitudes que puedan plantearse en la ejecución, son normativas. Lo que no quiere decir que no sean disponibles contractualmente (estos detalles se pueden negociar y acordar, obviamente, por las partes, y la «norma» que establece el programa puede ser desplazada por estos acuerdos, si es que esto es tecnológicamente posible) pero en todo caso las condiciones concretas según las cuales el programa está diseñado para ejecutar el contrato de forma automática en ausencia de orden contractual, son indudablemente normativas.

En segundo lugar, y como derivada de los *smart contracts*, las llamadas *blockchains* sin duda merecerían un estudio aparte, que es imposible realizar aquí. En resumen, se trata de bases de datos que permiten compartir información y realizar operaciones muy rápidamente, especialmente en contratos electrónicos, por ejemplo cuando se recurre a una unidad monetaria «electrónica» construida sobre esta tecnología (la célebre *bitcoin*). Cabe preguntarse cómo puede ser una mera base de datos equiparable a una norma privada supranacional. Pues bien, no hay que olvidar que tras este sistema está Blockchain Luxembourg S.A. (una

⁶³ US Senate Joint Economic Committee, en un Informe de marzo de 2018, *Chapter 9: Building a Secure Future, One blockchain at a time*, disponible en https://www.jec.senate.gov/public/_cache/files/aaac3a69-e9fb-45b6-be9f-b1fd96dd738b/chapter-9-building-a-secure-future-one-blockchain-at-a-time.pdf.

compañía incorporada en Luxemburgo⁶⁴) que controla las propias bases de datos, que a su vez se rigen por una serie de reglas, las cuales varían según que la *blockchain* sea pública o privada, pero que en todo caso son reconducibles al esquema de la norma privada supranacional, de manera que cualquier sujeto que intervenga en una *blockchain* asume dichas reglas. Esta asunción, como tantas en el Derecho Administrativo Global, no puede reducirse a un mero vínculo contractual, sino que debido al alcance general que tienen estas reglas, incluyendo sus potenciales efectos sobre el Derecho estatal (sin ir más lejos, los efectos sobre la transacción, y las alteraciones que la *blockchain* produce en el Derecho aplicable) debe dársele el tratamiento y control de norma privada supranacional. Así, por poner un ejemplo similar al anterior, pero en una posible técnica que se ha propuesto para el Derecho público, imaginemos que el Registro de la Propiedad funcionara aplicando la tecnología *blockchain*⁶⁵. A grandes rasgos, la propuesta sería la siguiente: un contrato de compraventa de un bien inmueble sería ejecutado mediante un *smart contract* que -siguiendo el ejemplo anterior- ejecuta el contrato a las 9 de la mañana del día convenido. El programa informático da varios pasos -que aunque muy veloces, se desarrollan en el tiempo y en un determinado orden-: se realiza una transferencia de la cuenta bancaria del comprador a la del vendedor, en primer lugar, y seguidamente se inscribe la finca a nombre del comprador en el Registro de la Propiedad -salvando, para simplificar el ejemplo, toda la actividad de calificación del Registrador, que a estos efectos tendría que desarrollarse bien en el momento de la firma notarial del contrato o inmediatamente posterior, bien *a posteriori* de la inscripción. Pues bien, es evidente que en la ejecución del contrato el programa informático está adoptando muchas decisiones -en qué orden realiza la operación, tiempo en que se desarrolla, pero también ausencia de control de legalidad -que como vemos deberá ser externo a la ejecución del contrato-, etc. Parece difícil negar el carácter normativo de todas estas decisiones. En otras palabras, cuando las partes se someten a la aplicación de un determinado *software* en un *smart contract*, *de facto* se están sometiendo a una norma, que para nosotros es una norma privada supranacional, y esta conceptualización debería a su vez facilitar su control.

⁶⁴ Que constituye un ejemplo del concepto que formaremos más abajo de «ciudadano corporativo».

⁶⁵ Propuesta que, insistimos, no es nueva; vid. ALCÁZAR MOLINA, M. (2018): *Registros y Blockchain*, de 4 de mayo, disponible en <https://regispro.es/registros-y-blockchain-por-manuel-alcazar-molina/> [Consultado el 26-11-2019].

Por todo ello, consideramos que este tipo de fenómeno de las nuevas tecnologías constituye el futuro del Derecho Global, tanto como normas consolidadas como la Convención de Basilea o el arbitraje internacional que examinaremos a lo largo del trabajo.

5. Algunos ejemplos de sectores diversos

En el sector agroalimentario existen multitud de normas privadas supranacionales de calidad, que suelen provenir de requerimientos del consumidor «traducidos» por los operadores del mercado (supermercados, proveedores, importadores, entre otros). El resultado de este proceso es el aumento de las exigencias concernientes a todos los estadios del proceso de producción, distribución y venta al público, así como también al compromiso con valores éticos empresariales relacionados (protección ambiental y a los derechos laborales, entre otros).

Los ejemplos pueden multiplicarse en otros sectores. Un ejemplo es el propio sector ambiental, donde los propios operadores privados potencian valores como la sostenibilidad o la protección medioambiental (así en los «Centros de Control de Calidad Nestlé» (*Nestlé Quality Control Centres-NQCC*) o la «Iniciativa Agrícola Sostenible» (*Sustainable Agriculture Initiative-SAI*) de Nestlé y Unilever, que ha servido para elaborar los códigos de BPA para el cultivo del café (Código Común para la Comunidad del Café). Estas normas son seguidas por muchos operadores privados: así, algunos supermercados comenzaron a separar los productos según su origen, en virtud de la certificación (privada) de calidad, con el consiguiente éxito comercial de aquéllos que mejoraban mediante la aplicación de estas normas las condiciones de vida de los agricultores o la calidad del medio. Habría que añadir la creación de asociaciones o alianzas de empresas por sectores, como ha sucedido en el sector del agua (así la *Aquaculture Certification Council*) o que actúen en una determinada etapa de la cadena alimenticia, como las que han surgido en el comercio minorista británico (la *British Retail Consortium*)⁶⁶.

⁶⁶ Por ejemplo, sobre estos sectores vid. en general RÖHL, H. C. (2007): «Internationale Standardsetzung», en MÖLLERS, C., VOSSKUHL, A. y WALTER, C. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 319-343, y LEPSIUS, O. (2007): «Standardsetzung und Legitimation», en MÖLLERS, C., VOSSKUHL, A. y WALTER, C. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 345-374. Sobre el sector del agua en particular vid. MAGER, U. (2010): «Die Entwicklung des Wasserwirtschaftsrechts – Referenzgebiet für ein materiell-rechtlich fundiertes internationales Verwaltungsrecht», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n. 70, pp. 789-818.

El sector agroalimentario y los organismos genéticamente modificados han sido profusamente estudiados en el Derecho español⁶⁷. La cooperación internacional es otro de los grandes temas de debate del Derecho Administrativo Global, incluido en lo que afecta a la inmigración y el tratamiento de los refugiados⁶⁸. Mención especial merece también el sector de la regulación de la ciencia, tan estrechamente ligado al Derecho Administrativo Global a través de las normas técnicas, que abordan temas difícilmente accesibles al legislador ordinario⁶⁹. Por otro lado, otros sectores, como las comunicaciones, la energía y o incluso el tráfico aéreo han merecido un trato específico⁷⁰. Otro de los ámbitos donde el Derecho Administrativo Global cobra protagonismo es en la regulación del deporte, sobre todo en lo referente a la regulación de los propios deportes y sus federaciones y las reglas antidoping, asunto este merecedor de un estudio específico que no podemos desarrollar aquí⁷¹, así como ámbitos tecnológicos punteros como la llamada «minería espacial»⁷².

6. Ejemplo. Derecho aeroespacial

El ámbito de la industria aeroespacial es seguramente uno de los más ricos en fenomenología global. La confluencia de factores políticos, económicos y técnicos no podría ser mayor para

⁶⁷ Sobre el sector agroalimentario, y específicamente sobre una de sus normas más sobresalientes, la norma ISO 22000, vid. ESCANCIANO GARCÍA-MIRANDA, C. y SANTOS VIJANDE, M.L. (2015): «Gestión de la seguridad alimentaria en la empresa española: implicaciones de la adopción de la ISO 22000», *Economía industrial*, n. 398 (Ejemplar dedicado a: Análisis económico del derecho), pp. 167-178. Sobre los organismos genéticamente modificados vid. MIR PUIGPELAT, O. (2015): «¿Autorregulación y organismos modificados genéticamente? El sector biotecnológico como contramodelo» en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I., *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons, pp. 67-88.

⁶⁸ Sobre la inmigración y los refugiados, vid. BAST, J. (2007): «Internationalisierung und De-Internationalisierung der Migrationsverwaltung», en MÖLLERS, C., VOSSKUHL, A. y WALTER, C. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 279-213.

⁶⁹ Sobre el sector de la ciencia, vid. RUFFERT, M. y STEINECKE, S. (2011): *The Global Administrative Law of Science*, Springer, Heidelberg; EMBID TELLO, A. E. (2015): «Retos de la relación Ciencia-Derecho: la procedimentalización de la evaluación de riesgos en la Unión Europea», en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons, pp. 89-101.

⁷⁰ Sobre los sectores diversos del Derecho Administrativo Global en materias de energía y comunicaciones, vid. los diversos trabajos publicados en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons.

⁷¹ Sobre el Derecho Global del deporte en general, vid. CASINI, L. (2010): *Il diritto globale dello sport*, Milano, Giuffrè, 2010, VAN VARENBERGH, A. (2005): «Regulatory Features and Administrative Law Dimensions of the Olympic Movement's Anti-Doping Regime», *ILLJ Working Paper*, 2005/11, y ALLISON, L. (coord). (2005): *The Global Politics of Sport. The role of Global Institutions in Sport*, Routledge: Londres.

⁷² Sobre esto vid. IGLESIAS SEVILLANO, H. (2018a): «El futuro jurídico de la minería espacial: una aproximación a un sector especial del derecho global», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, n. 8, pp. 113-124.

favorecer la exigencia de una normativa homogénea que sólo las normas privadas supranacionales pueden proporcionar con solvencia, aún conviviendo con una densa normativa regional (europea) y nacional. El ciudadano corporativo «matriz» de este sector sería la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) (*International Civil Aviation Organization*, ICAO por sus siglas en inglés), una agencia de la Organización de las Naciones Unidas creada en 1944 en virtud del Convenio sobre Aviación Civil Internacional con la finalidad de estudiar los problemas de la aviación civil internacional y promover los reglamentos y normas únicos en la aeronáutica mundial, y sometida a la dirección de un consejo permanente con sede en Montreal⁷³. Hasta aquí, parece que estamos en un plano de puro Derecho Internacional Público. A nivel regional, todo parece seguir en el terreno del puro Derecho público, pues el regulador es una agencia europea, la *European Union Aviation Safety Agency* (EASA) que emite a su vez numerosas normas técnicas⁷⁴.

Pero como era de esperar, la melodía se complica. La complejidad técnica en este ámbito es tal que, aunque resulte sorprendente, incluso las guías de uso de las propias aeronaves emitidas por el fabricante deben considerarse normas privadas supranacionales, y a sus emisores (las grandes multinacionales del sector), auténticos ciudadanos corporativos. Obsérvese que este es un tratamiento similar al que hemos dado a los grandes programadores informáticos: en la medida en que sus sistemas tienen una naturaleza predeterminada que establecen ellos mismos, y que luego utilizan no sólo las empresas y los particulares sino los propios Estados, la actividad de arquitectura de software debe considerarse que excede el ámbito de lo industrial y entra en el terreno de lo normativo. Pues bien, exactamente el mismo razonamiento debe aplicarse a las aeronaves y otros productos de la industria aeroespacial -y podría aplicarse potencialmente a otros productos industriales-. Aquí la clave está en el poder regulatorio de las compañías intervinientes, que a estos efectos se comportan

⁷³ Afirma la organización, definiéndose a sí misma, que «*The International Civil Aviation Organization (ICAO) is a UN specialized agency, established by States in 1944 to manage the administration and governance of the Convention on International Civil Aviation (Chicago Convention). ICAO works with the Convention's 192 Member States and industry groups to reach consensus on international civil aviation Standards and Recommended Practices (SARPs) and policies in support of a safe, efficient, secure, economically sustainable and environmentally responsible civil aviation sector. These SARPs and policies are used by ICAO Member States to ensure that their local civil aviation operations and regulations conform to global norms, which in turn permits more than 100,000 daily flights in aviation's global network to operate safely and reliably in every region of the world. In addition to its core work resolving consensus-driven international SARPs and policies among its Member States and industry, and among many other priorities and programmes, ICAO also coordinates assistance and capacity building for States in support of numerous aviation development objectives; produces global plans to coordinate multilateral strategic progress for safety and air navigation; monitors and reports on numerous air transport sector performance metrics; and audits States' civil aviation oversight capabilities in the areas of safety and security*» (<https://www.icao.int/about-icao/Pages/default.aspx>). En suma, una fenomenología completa del Derecho Global.

⁷⁴ <https://www.easa.europa.eu/the-agency/faqs/regulations>.

como auténticos ciudadanos corporativos. Así, frente a otros sectores industriales y de transporte, como el automovilístico (donde, en ausencia de grandes monopolios en la mayor parte del mundo, la competencia hace difícil hablar de auténtica función normativa de las compañías -aunque potencialmente no es imposible-) el reducido número de fabricantes en este sector permite hablar de ciudadanos corporativos creadores de normas, pues si bien es cierto que su actividad se desarrolla en el mercado, los productos que comercializan determinan *cómo* se debe volar. Son ellos, más que la competencia -que por lo general se limita a otro fabricante- los que determinan cómo evoluciona la industria, y por tanto su función técnica al desarrollar las aeronaves es también una función normativa.

Ilustremos esto con dos breves referencias. Una de ellas se refiere a la formación de los pilotos de las aeronaves. Estas son tan sumamente complejas que requieren instrucción específica para su manejo. Al mismo tiempo, esta instrucción se basará en datos que las propias compañías proporcionan a las aerolíneas a las que venden sus aeronaves (el ejemplo más evidente, mediante la distribución de sus manuales de vuelo y otros datos técnicos) y también a través de la constitución de diversos centros de formación, con los que ya cuentan los fabricantes más importantes⁷⁵.

Una segunda referencia no es, de momento, jurisprudencial, sino por ahora meramente informativa. Es sabido que uno de los grandes fabricantes ha sacado al mercado un modelo de aeronave tan complejo y con un *software* tan sumamente difícil de controlar que su propio pilotaje ha dado problemas reiteradamente a los profesionales. Se especula -este es el nivel en el que nos encontramos de momento- con la falta de formación que estos pilotos habían recibido, la falta de una adecuada información de las características técnicas de la aeronave a las aerolíneas compradoras, deficiencias en el diseño de los propios sistemas informáticos y, en el extremo, se relacionan estas faltas con hasta dos accidentes de aviación producidos con el mismo aparato en pocos meses. Todas estas especulaciones están en cuestión y no pueden -ni deben- ser afirmadas a la ligera; entendemos, por otra parte, que en breve se encontrarán *sub iudice*. Pero en cualquier caso, nos sirve este caso para afirmar la premisa: aunque pueda parecer contra intuitivo, las propias características técnicas de los fabricantes de determinados productos técnicos en los que existe poca competencia, o que por su naturaleza determinan el desarrollo de actividades de ejercicio de poder público -es decir, que son medios de éste, como

⁷⁵ Vid. <https://www.airbus.com/aircraft/support-services/training.html> y <https://www.boeing.com/commercial/services/training-and-resourcing/index.page>.

es el caso del *software*- deben considerarse normativas, pues determinan el comportamiento de los participantes del sector: todos los pilotos deben seguir el manual de su aeronave y sus aerolíneas empleadoras imponerlo, en un ámbito en el que la competencia es limitada. De ahí su carácter normativo.

7. La respuesta clásica del Estado: la norma reglamentaria técnica

La respuesta clásica del ordenamiento jurídico del Estado ante esta realidad ha sido elaborar una norma técnica pública interna, sobre todo cuando se percibe un movimiento consolidado del sector privado para exigir, por ejemplo, un determinado certificado de calidad⁷⁶. Esta técnica nos muestra, sin embargo, sus deficiencias: en primer lugar, la iniciativa de la elaboración de la norma queda en todo momento en manos del sector privado. Lo que es más, debido al número de normas de las que el Derecho Público Global se compone ya a día de hoy, su integración completa en el ordenamiento interno mediante una norma del sistema se antoja imposible, y aún lo será más en el futuro.

Por otro lado, si los operadores han creado su propia norma no-estatal, es comprensible que lo han hecho para eludir la respuesta que ya ofrecía el Estado ante la problemática, cuando no para dar una respuesta al problema al que el mismo Estado no atendió. Sabiendo esto, cabe preguntarse por qué iban los sujetos privados, que se someten voluntariamente a una norma global, incluso gravosa, a querer someterse a la norma estatal que la integra o que la sustituye -incluso aunque ésta reproduzca el contenido de aquella- cuando la norma estatal

⁷⁶ Sobre la teoría general de la normalización, vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid: BOE, en particular en el Volumen VII, El Reglamento, pp. 164-173, citado más abajo cuando tratemos esta teoría inicial en detalle.

será, normalmente, más inflexible y menos adaptable a sus intereses⁷⁷, y aún cuando, por el contrario, aplicar la norma privada supranacional puede suponer beneficios reputacionales en los mercados, locales y globales⁷⁸. Ahora bien, las normas estatales se dotan de legitimidad democrática a través de su producción normativa mediante las fuentes y procedimientos del sistema: es su carácter sistemático lo que las inviste de la legitimidad democrática que ostenta el ordenamiento. De ahí que, como se verá, la técnica que proponemos para revestir de carácter democrático a las normas supranacionales es precisamente su incardinación en el sistema jurídico interno.

⁷⁷ Interesante también, sobre este fenómeno general de la privatización del poder público o el comercio con el resultado de dichas privatizaciones o «desvinculaciones», el trabajo de GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. (2018): *La desvinculación como técnica de regulación. De las transferencias de aprovechamiento urbanístico al comercio de derechos de emisión*, Pamplona: Civitas. La tesis del autor, que pone en relación la desvinculación de bienes propia de las desamortizaciones del siglo XIX con las modernas técnicas de comercialización de licencias, autorizaciones, derechos subjetivos o incluso meras situaciones jurídicas favorables a un sujeto (la comercialización de los derechos de emisión de gases contaminantes, de licencias de transporte o de *slots* aeroportuarios, por ejemplo) es cuestionable en términos histórico-jurídicos. Sin embargo, desde un punto de vista académico nos parece un acierto la propuesta de conceptualización de todas estas situaciones de hecho como *desvinculaciones*, que podría hipotéticamente extenderse también a las normas privadas internacionales como técnica de desvinculación de la producción normativa. Este mismo fenómeno, también en la doctrina española pero desde el Derecho Internacional Público, ha sido calificado como «*privatización de los ámbitos de producción normativa*»: «*El desarrollo privado de regímenes reguladores de las relaciones privadas internacionales se caracteriza por su alcance sectorial, y el recurso a una pluralidad de mecanismos de creación de estándares*», vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2015): «Desarrollo y eficacia de reglas transnacionales con participación de actores no estatales», en BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRIGO, A.J. (dirs.) y PAREJA, P. (coord.), *La Gobernanza del interés público global. XXV jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, pp. 333-360, p. 345. Sin embargo, veremos más abajo que, para nosotros, estos estándares no son sólo tales, sino auténticas normas jurídicas eficaces, en las condiciones que expondremos. En todo caso, este aspecto está también en relación con el Estado garante, que es un concepto constitucional, al que volveremos inmediatamente, y que demuestra de nuevo la singular interrelación (por no decir unidad) del Derecho Público.

⁷⁸ Sobre este aspecto del atractivo reputacional del Derecho Global ha escrito DIETZ, T. (2012): «Contract Law, Relational Contracts, and Reputational Networks in International Trade: An Empirical Investigation into Cross-Border Contracts in the Software Industry», *Law and Social Inquiry*, n. 37, v. 1, p. 25 y DIETZ, T. (2014): *Global Order Beyond Law—How Information and Communication Technologies Facilitate Relational Contracting in International Trade (International Studies in the Theory of Private Law)*, Oxford: Hart. Vid. también HEIDEMANN, M. (2019): *Transnational Commercial Law*, London: Red Globe Press, p. 24.

III. Modelos y propuestas de Derecho Administrativo Global

No es posible hablar modernamente de Derecho Administrativo Global sin hacer referencia a la doctrina que más hondo ha calado en la disciplina, que es la norteamericana⁷⁹. El Derecho Administrativo Global tendría como elemento fundacional, precisamente, una mutación en el ejercicio del poder⁸⁰. En la práctica, esto se traduce, no en la pérdida de poder del Estado-Nación o en su superación -al contrario, éste se erige de nuevo en el gran protagonista, como veremos- pero sí en la pérdida de algunos de sus monopolios. Esta pérdida de monopolios afecta fundamentalmente a dos funciones del Estado: la normativa-sectorial y la función de control. En el presente trabajo, nosotros nos centramos en la primera de ellas, la función normativa-sectorial, que es el principal objeto de estudio del Derecho Administrativo Global. Ahora bien, el ejercicio de la función de control global es igualmente fundamental -por ejemplo, a través del arbitraje internacional o en virtud de las decisiones y resoluciones de determinadas organizaciones como la OMC-. Por otra parte, merece la pena subrayar que el Estado conserva una función esencial: la normativo-constitucional, es decir, el monopolio

⁷⁹ Aquí sí que merece la pena hacer un cierto acopio bibliográfico, al menos para trazar un mapa de las líneas maestras de los autores norteamericanos, que por lo demás aparecerán a lo largo del presente trabajo. Entre otros, vid. AMAN, A.C. (2001): «The Limits of Globalization and the future of Administrative Law: From Government to Governance», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 8, n. 2, pp. 379-400; KINGSBURY, B. (2005): «The Administrative Law Frontier in Global Governance», *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 99, pp. 143-153; KRISCH, N. y KINGSBURY, B. (2006): «Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order», *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, pp. 1-13; MITCHELL, A. y FARNIK, J. (2009): «Global Administrative Law: Can it bring Global Governance to Account?», *Federal Law Review*, v. 37, 327-261; SHAPIRO, M. (2001): «Administrative Law Unbounded. Reflections on Government and Governance», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 8, n. 2, pp. 369-377; BÜTHE, T. y MATTLI, W. (2011): *The new global rulers. The privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2011, pp. 5 y 19-20; J. BLACK (2005): «Decentring regulation: The role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world», *Current Legal Problems*, v. 54, pp. 103-146; MATTLI, W., y BÜTHE, T. (2005): «Global private governance: lessons from a national model of setting standards in accounting», *Law and Contemporary Problems*, n. 68, n. 2, pp. 225-262; ESTY, D. C. (2006): «Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law», *The Yale Law Journal*, v. 115, pp. 1490-1560; KINGSBURY, B. y CASINI, L. (2009): «Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law», *International Organizations Law Review*, n. 6, pp. 319-358; BENVENISTI, E. (2005): «The Interplay between Actors as a Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions», *Law and Contemporary Problems*, v. 68, pp. 319-340; HARLOW, C. (2006): «Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values», *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1 pp. 187-214; ZUMBANSEN, P. (2013): «Transnational Private Regulatory Governance: ambiguities of Public Authority and Private Power», *Law and Contemporary Problems*, v. 76, n. 2, pp. 118-138 y CHIMNI, B.S. (2005): «Co-option and Resistance: Two faces of Global Administrative Law», *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 37, pp. 799-827. En fin, con esta bibliografía tenemos suficiente para construir un esquema muy completo de los rasgos generales con los que se ha caracterizado el fenómeno.

⁸⁰ Así en el texto absolutamente fundamental -cuando no fundacional- de KINGSBURY, B., KRISCH, N. Y STEWART, R. B. (2005): «The Emergence of Global Administrative Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, pp. 15-61; no es, sin embargo, la única referencia. Por ejemplo, además de otros ya citados, en la reflexión sobre las transformaciones del Derecho Administrativo dentro del ámbito norteamericano vid. AMAN, A. C. (1999): «Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy, and the Furtherance of a Global Public Interest», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 6, núm. 2, pp. 397-419, aunque ya es un texto muy clásico.

sobre la creación, aplicación y difusión global de los principios constitucionales del Estado de Derecho.

Se ha pretendido, como primera respuesta a este fenómeno, la extensión del Derecho Administrativo nacional. Una primera aproximación nos lleva al Derecho Administrativo Transnacional. Aquí no hay absoluta identidad con el Derecho Administrativo Global, aunque en algunas descripciones aparece como una vertiente de éste, que estudia la aplicación del Derecho de un Estado en territorio extranjero. Este fenómeno, cada vez más común debido fundamentalmente al carácter ambicioso de ciertas regulaciones estatales, ha tenido un sonado ejemplo en la legislación norteamericana en materia financiera, donde se han promulgado normas administrativas que exigen criterios de conexión con Estados Unidos tan exigüos al final resultan aplicables a multitud de supuestos. Así sucedió célebremente en materia de regulación financiera con el *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, consecuencia a su vez del escándalo contable del caso *Enron*⁸¹. Otra alternativa, que constituye una referencia clásica para el Derecho Global, es el Derecho Administrativo Europeo⁸². El Derecho Global sería, según este modelo, un fenómeno de autorregulación regulada, donde la cuestión a dilucidar estribaría en si ésta es capaz de constituir un sistema en sí misma, o si por el contrario es dependiente de la regulación estatal, negándose así la existencia del Derecho Administrativo Global como sistema autónomo⁸³.

La literatura jurídica norteamericana ha sido seguramente la que más agudamente ha observado que el Derecho Administrativo Global es una materia cuya ideologización resulta peliaguda, o incluso inútil, en tanto en cuanto parece ser el resultado de una convergencia entre posiciones diferentes de gran y poca confianza en el potencial autorregulatorio de los

⁸¹ Este asunto ha sido reiteradamente estudiado, por supuesto, en la doctrina norteamericana inmediatamente posterior a la norma, y es ya un referente en la eficacia transnacional de la legislación financiera. Vid. RIBSTEIN, L.E. (2003): «International Implications of Sarbanes-Oxley: Raising the Rent on US Law», *Journal of Corporate Law Studies* v. 3, n. 2, pp. 299-327 y LANOIS, P. (2007): «Between a Rock and a Hard Place. The Sarbanes-Oxley Act and its global impact», *Journal of International Law & Policy*, v. 5, n. 4, pp. 1-19, entre otros.

⁸² Así en HARLOW, C. (1998): «European Administrative Law and the Global Challenge», *RSC Working Paper*, n. 23.

⁸³ En este sentido, existe una propuesta sobre la caracterización del Derecho Global como «concepto clave», de la que disintimos; vid. en este sentido DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2016): «El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?», *Revista de Administración Pública*, n. 199, pp. 11-49. Sobre la autorregulación regulada, vid. su fundamental trabajo DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2005): *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons, y también DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2015): «Autorregulación normativa y Derecho en la Globalización», en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER GEN. DÖHMANN, *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, pp. 11-49.

mecanismos de mercado, que resulta a su vez en una confianza en el mercado limitada por el Estado de Derecho⁸⁴. Por otra parte, la discusión sobre la naturaleza del Derecho Administrativo Global, a la que inmediatamente antes hemos hecho referencia, y que pretende cuestionar que esta nueva rama jurídica pueda identificarse realmente con el Derecho Administrativo estatal, ha sido respondida en la doctrina anglosajona desde el más puro pragmatismo, sin perder por ello un ápice de fuerza argumentativa: una mayoría de los problemas del Derecho Global -sobre todo en su vertiente sectorial- son reconducibles a un parangón con el Derecho Administrativo estatal⁸⁵. Evidentes parecen para estos autores anglosajones tales rasgos, como que la llamada «gobernanza transnacional» es incardinable en los esquemas del Derecho Administrativo, que la idea moderna de «administrar» abarca la adopción de decisiones y de normas jurídicas de carácter general pero específicas o sectoriales -tal vez no muy adecuadamente referidas como «*subsidiary rules*»- y que el Derecho Administrativo Global puede distinguirse de un Derecho Administrativo Internacional, que sería aplicable a los fenómenos estrictos de administración institucional internacional -tendría quizá un cierto rasgo estatutario-⁸⁶. Igual de clara para esta doctrina es la cesura entre el Derecho (Administrativo) Global y el Derecho Internacional Público, con el que no cabe confusión posible, pues el Derecho Administrativo Global amalgama normas de origen supranacional, procedimientos de origen estatal y sujetos privados jurídicamente activos⁸⁷. Precisamente la actividad de estos sujetos privados sugiere que se debe admitir que la

⁸⁴ HARLOW (2006:196): «*Regulatory functionalism*’ accepts governmental regulation and is sceptical of the market as an accountability vehicle; amongst the ranks of regulatory functionalists we find a somewhat unexpected alliance of pro-marketeers and anti-capitalists, accepting as a common position the need for a global code of corporate responsibility. The principles of agency and delegation are used to legitimate regulatory standard-setting in global space».

⁸⁵ KRISCH y KINGSBURY (2006:2): «*The concept of global administrative law begins from the twin ideas that much global governance can be understood as administration, and that such administration is often organized and shaped by principles of an administrative law character*».

⁸⁶ KINGSBURY (2005:143).

⁸⁷ KRISCH y KINGSBURY (2006:12): «*The rules of global regulation and global administrative law flow to a considerable extent from sources not usually recognized as sources of international law. Transparency, participation and review are often based on principles derived largely from institutional practices or intra-institutional rules. Many relevant rules and practices are generated primarily in public-private or purely private structures of transnational regulation, as Errol Meidinger’s work on forest standards shows. Combined with other ‘non-binding’ sources produced by inter-governmental processes, such rules and practices may in many cases be relevant material for an international legal tribunal when it is required to take a decision. National administrative agencies and judicial bodies play important roles in articulating new or extended principles*». Por cierto que la idea de que las normas del Derecho Administrativo Global no son reconducibles a esquemas dogmáticos del Derecho Internacional es precisamente la razón por la que, como veremos, aquí hablamos siempre de normas supranacionales o normas privadas supranacionales (sinónimos entre sí para nosotros) pero nunca de normas internacionales, término con el que nos referimos a normas del Derecho Internacional Público estrictamente.

regulación consiste en una actividad de colaboración público-privada⁸⁸. En este contexto, la pregunta adecuada seguramente es si es posible en absoluto el control de los poderes globales mediante mecanismos dogmáticos originados en el Derecho estatal (los mecanismos institucionales plantean dificultades añadidas), aunque tal vez la situación del Derecho Administrativo Global no sea, en términos históricos, tan distinta de su precedente nacional⁸⁹.

Esta situación fáctica de sometimiento a poderes institucionalmente no organizados entorno a un gobierno que los controla jerárquicamente y la participación de sujetos privados son lo que, a efectos de la doctrina del Derecho Administrativo Global, se entiende por «gobernanza»⁹⁰. Consecuencia de esta realidad sería el fenómeno de la «descentralización» regulatoria, pues a pesar de la enorme polisemia de este término, se entiende por tal sencillamente la asunción de poder regulatorio por sujetos de diversa naturaleza, frente al poder clásico del Estado. Esa polisemia se extiende también al concepto de autorregulación,

⁸⁸ AMAN (2001:394): *«A more pragmatic view of globalization as a series of transformative public/private partnerships, however, provides the scope to broaden the purposes of administrative law by moving past long-standing, state-centered debates between government and the market. Rather than the either/or debates of the market versus the state, coded as private versus public, I advocate approaching globalization from a standpoint that regards markets and market forces as forms of regulation. Thus, possibilities for transformation turn very much on how markets are produced under globalization and how globalization yields new law. As I argue in the following sections, neither the laissez-faire nor the resistance models of globalization do much to advance the traditional debate in administrative law between government and the market.» Understanding globalization in a transformative way, however, suggests that states, because of their own territorial limits, must operate in new ways, partnering with private and public entities alike. Such a conception of globalization can help us understand the uses of the market as an integral part of governance, not as an abdication of the public's role. This approach raises questions about the purposes of administrative law, creates opportunities to broaden its scope, and deepens the debates about its role beyond the either/or notions of market versus state that have been so prevalent in the past».*

⁸⁹ MITCHELL y FARNIK (2009:246): *«It is perhaps unsurprising that the task of providing a unifying comprehensive framework to underpin global administrative law is still incomplete, since such a framework must span the many sorts of global regulatory actors while seamlessly extending across the national/international divide. Indeed, the conclusion that the body of scholarship focused on global administrative law is still in its infancy is, considering this absence of a unifying framework, inescapable. It is also consistent with the way that administrative law has historically developed. While, in contrast, informal and formal global governance mechanisms have been growing in scope and scale for many decades and are well established, the disparity in the rate of growth between administrative regimes and the body of law which sets legal limits on administrative decision-making mirrors similar unevenness in the historical development of administrative law and administration at the domestic level».*

⁹⁰ SHAPIRO (2001:369): *«In today's public administration and political science literature, however, the word "governance" has largely replaced the word "government." This change in vocabulary announces a significant erosion of the boundaries separating what lies inside a government and its administration and what lies outside them. To be sure, governments and their administrative organizations still make collective decisions, but now everyone, or at least potentially everyone, is also seen as a participant in the collective decision-making process. Today, elected and non elected government officers, nongovernmental organizations, political parties, interest groups, policy entrepreneurs, "epistemic communities," and "networks" are all relevant actors in the decision-making processes that produce government action. The decision-making process is no longer seen as one in which private activity occurs around government decision making, or seeks to influence government decision making. Rather, the very distinction between governmental and nongovernmental has become blurred, since the real decision-making process now continually involves, and combines, public and private actors».*

que es el que se propone como paradigma para este difícil contexto⁹¹. Curiosamente, se ha planteado también el motivo que justifica el recurso a una autorregulación sectorial por los propios agentes de tales sectores económicos, y parece haber buenas razones para la «delegación» -entiéndase este término en sentido figurado, y no en su sentido técnico-jurídico- del poder normativo en los sujetos privados supranacionales⁹². En fin, un conjunto de normas nacionales de procedimiento administrativo global no parece una solución práctica, y es preferible la extensión de los principios jurídico-administrativos a nivel global⁹³.

Frente a la «liquidez» de las propuestas de la doctrina norteamericana, la doctrina alemana sigue enfatizando la importancia del Estado, aunque sin necesariamente llegar al punto de negar el fenómeno jurídico global⁹⁴. Aún así, esta línea doctrina es propensa al rechazo de la noción de «globalidad». Se ha dicho que en este discurso germánico pueden identificarse tres

⁹¹ BLACK (2001:115): «One of the difficulties in discussing self-regulation as a policy option, however, is that self-regulation is such a normatively loaded term. For some it denotes regulation that is responsive, flexible, informed, targeted, which prompts greater compliance,³⁴ and which at once stimulates and draws on the internal morality of the sector or organization being regulated. For others it is self-serving, self-interested, lacking in sanctions, beset with free rider problems, and simply a sham. The rhetoric affects policy attitudes and decisions, and can result in poor regulatory design.³⁷ A government policy of relying on self-regulation is often interpreted as indicating that the government is not serious about an issue. The 'how to regulate' guides issued by governments in Australia and the UK, for example, support this interpretation, for they suggest that self-regulation should not be used for matters which are of high public interest or profile, or for regulating activities which pose particularly high risks».

⁹² MATTLI y BÜTHE (2006:230-1): «One specific reason for delegating authority is the desire to benefit from existing specialization and expertise as a substitute for acquiring such expertise through lengthy and costly training.²² Such delegation to an agent with prior specialized expertise is particularly common in highly technical and complex issue areas, for instance in the fields of science policy and space technology. In such technical fields, regulatory authority may be established more cost-effectively by delegating authority to a private expert-agent insofar as it is private actors who have the requisite expertise *ex ante*», pero también «Among the general reasons for delegation, the third reason that creates particular incentives for delegating governance functions to private agents, is “blame avoidance” or “shifting responsibility” From the perspective of a political actor who may provide or delegate regulatory governance, we can distinguish between the benefits that arise from satisfied stakeholders giving him credit for the positive effects of regulation and, conversely, the costs that arise from dissatisfied stakeholders blaming him for the negative effects. Delegation creates a perceptual political “distance” between the political actor and the apparent exercise of regulatory authority, which may be expected to reduce both benefits and costs for the political actor. Delegation becomes attractive for the political actor if the political costs decline faster with distance than the political benefits, such that the net benefit increases with distance. Under these conditions, delegation to a private agent should be especially appealing because private agents are (or at least appear) more clearly separate from the public principal than public agents».

⁹³ ESTY (2006:1561): «This Article does not argue for adoption of a Global Administrative Procedure Act. The diversity of global governance circumstances and the range of views across countries make such a vision both unwise and unworkable. Nor does it seek to spell out definitively which administrative law tools should apply in every circumstance. Instead, it offers the theoretical logic for, and some first steps toward, globalizing administrative law. The core conclusion is this: Even if supranational governance is limited and hampered by divergent traditions, cultures, and political preferences, developing a baseline set of administrative law tools and practices promises to strengthen whatever supranational policymaking is undertaken».

⁹⁴ Sobre la doctrina alemana, vid. en general SCHMIDT-ABMANN, E. (1996), «Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationrecht in der Europäischen Gemeinschaft», *Europarecht*, n. 31, pp. 270 y ss. y SCHMIDT-ABMANN, E. (2006): «La Ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, n. 171, pp. 7.34, [traducción al español de «Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen», *Der Staat*, v. 25, pp. 315 y ss.] y con afán de resumen RUFFERT, M. (2007): «Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts», en MÖLLERS, C., VOSSKUHLE, A. y WALTER, C. (Eds.) (2007): *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 395-418.

vertientes⁹⁵: un Derecho de conflictos de leyes jurídico-públicas de diferentes Estados (sentido horizontal); influencia del Derecho Internacional Público sobre el Derecho administrativo interno, es decir, los elementos de las normas de Derecho Internacional (tratados, costumbres, principios) que modifican o determinan la forma o contenidos del Derecho administrativo nacional (vertical) y el estudio de la actividad jurídico-pública de las organizaciones internacionales. Claro que es necesario matizar esto de inmediato: en realidad, no sólo las organizaciones internacionales de Derecho Internacional Público ejercen poder a nivel global, sino también, muchas entidades privadas o nunca formalmente constituidas que tienen su propia producción normativa. Esto es lo que nosotros llamamos ciudadano corporativo⁹⁶.

Por último, la doctrina italiana se ha convertido en la gran defensora del Derecho Administrativo Global en Europa⁹⁷. Se asume ya con naturalidad que existen organizaciones que ejercen funciones normativas, sin que esto suponga un trauma en sí mismo⁹⁸, pero eso sí, siempre garantizando un cierto nivel de control en favor del Estado⁹⁹. La distinción entre el Derecho Administrativo Global y el tradicional Derecho del Estado es una de los grandes retos: el mismo autor citado hace referencia a la falta de exclusividad de la función normativa, la autorregulación, la predominancia del criterio científico y la confusión del límite entre Derecho público y privado, observaciones con las que convenimos. Esta doctrina se ha preocupado también por los órganos de naturaleza jurisdiccional, tanto estatales como internacionales, que -como nosotros defendemos- están llamados a tener un papel

⁹⁵ DANN y ENGELHARDT (2011:1372 y ss.).

⁹⁶ Por ejemplo, si lo entendemos bien, se resiste a aceptar la normatividad global J. BAST al defender -eso sí, en un sector muy particular, la inmigración internacional- que el Derecho Administrativo Internacional no es una vertiente jurídica internacionalizada, sino al contrario, desinternacionalizada, al organizarse a través de estándares europeos BAST, J. (2007:307 y ss.). Claro que, por un lado, desde luego no todos los estándares que existen globalmente son europeos, y aún siéndolo, parece claro que el mero hecho de que sean esto, estándares, ya sugiere que nos encontramos ante un intento regulatorio que se aparta de los modelos clásicos del Derecho del Estado, pero con pleno carácter normativo -y de ahí nuestra crítica a ese término, «estándares».

⁹⁷ La doctrina sobre el Derecho Administrativo Global en Italia es, como poco, copiosa. Haremos referencia a las obras más relevantes a lo largo del trabajo. Como referencias, véanse de nuevo CASSESE (2005a y b, 2009, entre otras), DELLA CANANEA (2016) y GALGANO, F. (2005): *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna, il Mulino.

⁹⁸ DE BELLIS, M. (2010): «Public Law and Private Regulators in the Global Legal Space», en *The new Public Law in a Global (dis)order. A perspective from Italy*, Jean Monnet Working Paper 17/10.

⁹⁹ CASSESE (2005a: 668).

protagonista en la construcción del Derecho Administrativo Global¹⁰⁰. En cuanto a la distinción entre el Derecho Administrativo Global y el Internacional Público, ven ellos también una fisura clara entre ambos debido a la influencia de los actores privados el carácter técnico y económico del primero. De ahí que la doctrina italiana no comparta la asimilación del Derecho Global a las estructuras jurídicas del Estado, como parece ser el camino de gran parte de la doctrina alemana.

IV. El Derecho del Estado Liberal económico como raíz jurídica inmediata

El primer rasgo del Derecho liberal que encontraremos en las normas privadas supranacionales es una pretensión de separación entre Derecho y Moral¹⁰¹. No es extraño que este *topos* del positivismo decimonónico aparezca en el contexto de unas normas que - según nos parece *a priori*- son genuinamente sectoriales y, a menudo, económicas. En los albores del Estado moderno, LOCKE subraya que la función del Derecho (y del Juez que lo aplica) es salvaguardar los bienes, intereses y derechos civiles individuales¹⁰²; KANT fue sagaz al distinguir la moralidad de los individuos, que sólo puede venir regida por la obligación ética de la conciencia individual, y las obligaciones estatales que conforman el Derecho, en las que no puede reconocerse una obligación moral, pues ésta sólo puede ser consecuencia de la libertad individual sobre la que pivota el estudio de la ética¹⁰³, un análisis que, como es bien sabido, sobrevive en la construcción kelseniana¹⁰⁴. La realidad, como es bien sabido, desbordó este planteamiento, como tantas otras veces. Por un lado, en un sentido ético, el positivismo liberal fue abandonado por muchos de sus defensores desde el periodo de entreguerras, y sobre todo en la segunda posguerra, reiniciando una revalorización del iusnaturalismo¹⁰⁵ bien

¹⁰⁰ Vid. MARCHETTI, B. (2010): «Justicia comunitaria y justicia global: elementos para una comparación», en PONCE SOLÉ, J. (coord.) (2010): *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, Madrid: INAP- Marcial Pons.

¹⁰¹ Sobre esto vid. COLOMER MARTÍN-CALERO, J.L. (2002): «Libertad individual y límites del derecho: el liberalismo y sus críticos», en DÍAZ GARCÍA, E. y COLOMER MARTÍN-CALERO, J.L. (eds.): *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza Editorial, pp. 177-210, p. 180.

¹⁰² LOCKE, J. (1991): *Two Treatises on Government*, Cambridge: CUP.

¹⁰³ COLOMER (2002:180). En castellano *vid.* LOCKE (1999:122).

¹⁰⁴ KELSEN, H. (2009): *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires: Eudeba, p. 45.

¹⁰⁵ Casos evidentes de VERDROSS, A. (1957): *Derecho Internacional Público*, Madrid: Aguilar, especialmente pp. 51-54; DE CASTRO Y BRAVO, F (1955): *Derecho Civil de España*, T. I y II, Madrid: Centro de Estudios Políticos, 3ª ed o CASTÁN TOBEÑAS, J (1986): *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. I Vol. I, Madrid: Reus. LEGAZ Y LACAMBRA, L. (1961): *Filosofía del Derecho* (2ª ed.), Barcelona: Bosch, p. 27 sitúa el inicio de la superación del positivismo en la Escuela de Marburgo, ya desde 1870.

conocida, y que alcanza a autores recientes, especialmente del entorno de DWORKIN¹⁰⁶. Por otro, en un sentido económico, lo que FORSTHOFF definió como la *sociedad industrial* necesitaba de un Derecho distinto, más comprometido con el desarrollo y expansión de los derechos fundamentales, y no sólo con la protección de los que ya existían¹⁰⁷.

Las normas privadas supranacionales llegan en un contexto en el que ambos planteamientos, el liberal y el social, están cuestionados, ambos son antiguos y ha mostrado muchas veces sus fortalezas, pero también sus debilidades. El contexto económico en el que nacen la mayoría de ellas es indudablemente el de las corporaciones participantes en los mercados internacionales: éstas y las asociaciones que a veces conforman son el germen del ciudadano corporativo. Y la teoría económica (y no necesariamente, política) imperante entre éstas, ciertamente, es la liberal. Las normas privadas supranacionales nacen por tanto para construir un espacio jurídico favorable a la actividad económica al margen del poder estatal, que es considerado por muchos de sus actores como perjudicial para el desarrollo del mercado. Pero, al mismo tiempo, al regular ciertos mercados, invaden ámbitos de interés público, e incluso se solapan -y en su caso, entrarían en conflicto- con las normas regulatorias de sectores económicos del Derecho interno¹⁰⁸. De ahí que el Estado constitucional de Derecho no pueda renunciar a su control, para asegurar que tales normas de mercado respetan los principios constitucionales y que dicha auto-regulación del mercado funciona verdaderamente, corrigiendo sus desviaciones allí donde sea necesario, pero sin hacer imposible el juego de estas normas reconocidas en el contexto del propio sector económico.

Desde una perspectiva post-marxista muy crítica con esta evolución liberal del globalismo jurídico, se ha propuesto que el constitucionalismo global se materialice, no sólo en un sistema

¹⁰⁶ Vid. COLOMER (2002:181).

¹⁰⁷ Vid. como referencia general FORSTHOFF, E. (2015): *Estado de Derecho en Mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*. Madrid: Tecnos. Su Estado Social debía construirse desde el equilibrio económico y el respeto a la propiedad privada, y nunca desde una expansión indefinida del gasto público y una intervención descontrolada y asistemática sobre el derecho de propiedad y la libertad de empresa, que facilitaría a éste resistir con cierta fortaleza a sus crisis.

¹⁰⁸ Esto no obsta a que, junto a éstas, algunas normas privadas supranacionales toman en consideración intereses distintos de los económicos. En particular, hay algunas normas internacionales que contemplan la protección de intereses sociales, laborales o medioambientales. Por ejemplo, la citada «Iniciativa Agrícola Sostenible» (*Sustainable Agriculture Initiative-SAI*) de Unilever tiene por objeto asegurar que los proveedores de la multinacional cumplen con ciertos estándares de agricultura sostenible, para lo cual han elaborado diferentes normas como un «Código de Agricultura Sostenible» de 2017 o una «Política de Provisión Responsable» <https://www.unilever.com/sustainable-living/reducing-environmental-impact/sustainable-sourcing/our-approach-to-sustainable-sourcing/our-sustainable-agriculture-programme/>, donde la propia empresa da acceso a los estándares más recientes que ha elaborado. En general, veremos ejemplos de ONG que pueden considerarse ciudadanos corporativos más abajo.

de poderes normativos globales, ni siquiera también en una serie de principios constitucionales, sino en todo un sistema de garantías, paralelo al que ya existe en el constitucionalismo positivo del Estado de Derecho, con un énfasis en la realización material de los derechos sociales a nivel global¹⁰⁹. Exigir esto, sin embargo, significa partir de presunciones discutibles, fundamentalmente de la existencia de un pueblo global y una correspondiente política global. La realidad -y aún la conveniencia- nos exige parar las propuestas en este punto: el camino debe llevarnos más bien a un control estatal del cumplimiento de tales principios globales, de manera que éstos se sometan a las políticas decididas en aquellos ámbitos que sí pueden legítimamente calificables como democráticas y fundadas en naciones-pueblos existentes y personificadas en Estados, y que protegen de forma verdaderamente eficaz los derechos e intereses de los ciudadanos, sin necesariamente perjudicar los beneficios de las normas privadas supranacionales para el desarrollo de muchos mercados.

De esta forma, es comprensible que a un ciudadano corporativo le interese introducir en sus normas internas valores sociales o medioambientales, por ejemplo, para mejorar sus relaciones con la población del centro de producción, o para mejorar la imagen de su producto incluso a nivel global, por ejemplo. Estas prácticas son legítimas, y pueden llegar a ser beneficiosas para todas las partes¹¹⁰.

Por último, pueden existir normas internacionales fundadas en otros principios, en coexistencia o incluso en sustitución de la libertad económica. Por ejemplo, un ciudadano corporativo del sector deportivo puede emitir normas fundadas en el principio *pro competitione*,

¹⁰⁹ FERRAJOLI, L. (2018): *Constitucionalismo más allá del Estado*, Madrid: Trotta, p. 43 (entre otras muchas).

¹¹⁰ Y efectivamente, dicho reconocimiento de «otros» intereses legítimos de protección es más que necesario, pues frente al carácter liberalizador del Derecho Global se han alzado voces discordantes (además de la ya mencionada), entre muchas las de MARCILLA CÓRDOBA, G. (2005): «Desregulación, Estados Social y proceso de globalización», *Doxa*, n. 28, pp. 239-263, LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. (2005): «Globalización e imperio de la Ley: algunas dudas westfalianas», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 9, 177-198 o LA TORRE, M. (2016): «El Brexit y la miseria del constitucionalismo global», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 64, pp 4-11. Estas críticas han llegado también desde el hemisferio sur; donde se critica la menor influencia de los ordenamientos de estos Estados sobre el Derecho Global, la actitud «colonial» de la doctrina del hemisferio norte y la difícil exportación de los procedimientos administrativos de los Estados de Derecho occidentales a otras culturas jurídicas. En este sentido vid. SUJITH, X. (2017): «Top heavy: beyond the Global North and the justification for global administrative law», *Indian Journal of International Law*, v. 57(3), pp. 337-356, y URUEÑA HERNÁNDEZ, R.F. (2017): «Global Administrative Law and the Global South», CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 392-415, que según concluye confía plenamente en el GAL como proyecto para la resolución de muchos de los problemas del mundo «Sur» (p. 412). Insistimos, sin embargo, en que nuestro objetivo con el reconocimiento del fenómeno del Derecho Global es someterlo a control y asegurar la eficacia de los principios constitucionales del Derecho interno, y no la eficacia descontrolada y acrítica del Derecho Global.

mientras que un ciudadano corporativo del ámbito de las organizaciones no gubernamentales bien puede emitir normas fundadas en un principio de mayor protección social, por ejemplo. Pero la potenciación libertad económica será la regla general. Y conocer el principio en que se funda cada norma privada supranacional es esencial, porque nos da la clave interpretativa de la propia norma. Así, las normas fundadas en los principios *pro competitione* o de protección social se interpretarán conforme a éstos. Pero siendo la regla general entre las normas privadas supranacionales la inspiración económica, el análisis económico será un método recurrente, cuya aplicabilidad nosotros delimitaremos para que nunca pueda insertarse en la ponderación de principios constitucionales, que siempre tendrá preferencia¹¹¹.

V. El Derecho estatal ante el fenómeno global

1. El Derecho económico

La referencia a la doctrina ya elaborada del Derecho económico es necesaria singularmente en un ámbito como el Derecho Administrativo Global, en el que el Derecho público confluye con el privado. La teoría general del «Derecho económico» fue elaborada en España desde la perspectiva del Derecho privado¹¹². Pero el Derecho económico no puede ser sólo Derecho mercantil o civil patrimonial: aún desde antes de la Segunda Guerra Mundial es comprensible que su regulación resulta necesaria, con intervención de los Poderes del Estado, al menos para implantar garantías mínimas (competencia, garantía del suministro de ciertos bienes y servicios, por ejemplo). Esta regulación, por su naturaleza, sólo puede ser de Derecho público, no de Derecho privado, porque sólo una perspectiva de Derecho público puede articular esos poderes en potestades, y sobre todo porque sólo el Derecho administrativo está

¹¹¹ Sobre los principios del Derecho del deporte en el Derecho Europeo, que como de costumbre puede servir de orientación al global, vid. PARRISH, R. (2003): *Sports law and policy in the European Union*, Manchester: Manchester University Press. La elección fundamental aquí se hace en favor de la libertad económica y la autonomía de la voluntad como principios del sistema, en sí mismo dotados de una moralidad y dignos de protección. Se requerirá, entonces, que su potenciación no se haga a costa de la total violación de otros principios igualmente válidos. Es indudable que no todos los principios pueden optimizarse a la vez: hay que elegir uno de ellos, y es esa elección la que estamos dejando en manos privadas, pero sometiéndola a mecanismos de control propios del Derecho público, como corresponde al carácter jurídico-público que indudablemente tiene la elección de determinados principios morales frente a otros en una regulación. Así se garantiza un respeto mínimo a todos los principios -esencialmente, a los derechos fundamentales-, al tiempo que se asegura la potenciación, maximización u optimización de un principio en concreto, elegido por los propios operadores. Estamos, ante todo, ante un caso claro de autorregulación, que tanto sorprende a los ojos de un iuspublicista continental tradicional, pero que adecuadamente controlada, puede llegar a ofrecer recursos loables para unos mercados en constante cambio.

¹¹² ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J. (1980): «El Derecho económico como categoría sistemática», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo LXXX, 2ª época. Vid también, como bibliografía general ARIÑO ORTIZ, G. (2004): *Principios de Derecho Público Económico*, Granada: Comares.

construido para proteger al ciudadano del uso abusivo o desviado de esos poderes, a la vez que salvaguarda el interés público en la provisión de bienes y servicios.

El Derecho administrativo es el responsable del estudio de la regulación económica, precisamente porque es el único capaz de proteger al ciudadano frente a ella. Aunque pueda parecer sugerente la idea de un Derecho regulatorio entregado al Derecho privado, esta parte del ordenamiento está preparada sólo para regular las relaciones *inter partes* que se rigen por la autonomía de la voluntad y en las que se contraponen intereses privados, no para las relaciones Estado-Sociedad, o Administración-ciudadano, en las que los intereses generales se contraponen con el interés particular, y en las que la Administración goza de potestades exorbitantes. Esa es la clave del Derecho administrativo especial: la disciplina estudia sectores que en lo demás se rigen por el Derecho privado, pero que deben regirse por el Derecho público en la medida en que la autonomía de la voluntad, que es norma general en los sectores económicos, queda sometida por el poder regulatorio de la Administración¹¹³.

En gran medida, la asunción de las normas privadas supranacionales recupera un cierto equilibrio de intereses, de manera que la regulación aplicada por los órganos del Estado sea cercana a los intereses de quienes se aplica, una vez garantizado que no se opone a los intereses generales. La regulación de la economía de mercado había sido tradicionalmente abordada por el Derecho privado, y desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad¹¹⁴. Ahora proponemos una regulación del mercado global desde la perspectiva del Derecho público económico centrada en la concepción de las normas privadas supranacionales como normación de vocación económica, capaz de aportar al Derecho administrativo una cierta

¹¹³ De nuevo este proceso viene jalonado por el juego necesario de la dialéctica Estado-Sociedad. Frente a la pretensión liberal clásica de una dialéctica entre partes aisladas, que separa tajantemente ambos ámbitos (VON HUMBOLDT) es generalmente reconocido hoy que Estado y Sociedad interaccionan constantemente, de manera que el Derecho público y privado coinciden a menudo en un mismo ámbito material (cualquiera de los sectores regulados, por ejemplo) pero deben coordinarse y convivir. Pero tampoco creemos que sea adecuado asumir la posición contraria, una identificación plena entre Estado y Sociedad, asumiendo la coincidencia entre la organización estatal y la organización social, expresándose la dominación social en las estructuras del Estado. Semejante tesis conduce a la abolición de los espacios de libertad garantizados por el Derecho, privado y público: el privado porque se publica al individuo, en lugar de entenderlo como un método regulatorio de la libertad privada. Y también supone la abolición del Derecho público, porque deja de concebirse como protector del individuo frente a los Poderes públicos, al negarse sus intereses privados, de manera que todo interés se reconduce a un supuesto interés general, por lo común debidamente controlado por un poder estatal ajeno a los auténticos intereses generales. Sobre esto, vid. por ejemplo esta contraposición de clásicos: VON HUMBOLDT, W. (2009): *Los límites de la acción de Estado*, Madrid: Tecnos y MENGESHA, A. (2016): *El Derecho Civil y los Pobres*, Madrid: Comares.

¹¹⁴ En lo que respecta a la autonomía de la voluntad en el Derecho privado y su función económica vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Cizur Menor: Civitas, p. 56.

perspectiva de mercado, siempre bajo los controles necesarios y sin perder de vista que en todo caso los principios constitucionales, y sobre todo de entre estos los derechos fundamentales, deben ostentar una posición preferente y no pueden ser soslayados por criterios económicos. Como veremos, esto se logra -incluso cronológicamente- dividiendo el procedimiento de legitimación en dos fases separadas, la primera de control constitucional de la norma privada supranacional y sólo una vez superada ésta, una segunda en la que se aplica el análisis económico del Derecho.

2. El Estado Social

Muchas de las imposiciones que se derivan de la cláusula de Estado Social¹¹⁵ pueden reflejarse en normas concretas de la parte especial del Derecho administrativo, pero éste no agota su desarrollo, sino que lo tiene como principio rector; sin embargo, las normas puramente técnicas o que regulan un sector económico en sentido objetivo pueden no tener referencia alguna a la función social, posibilidad que deviene más preocupante entre las normas privadas supranacionales. Por otra parte, en el Derecho administrativo económico la aplicación metodológica del análisis económico del Derecho es más que útil, necesaria para lograr un desarrollo de la disciplina, pero en ningún modo es éste el único método posible, sino que su aplicabilidad dependerá de la naturaleza económica de éstas¹¹⁶.

El Estado Social impone un modelo de Estado al que las normas internacionales, en su aplicación interna, deben adaptarse. Desde luego, el ciudadano corporativo no está sujeto en su elaboración normativa ni a un deber de respetar -aún menos promover- los derechos sociales, ni existe ningún control jurídico que garantice dicho sometimiento. No existe un precepto equivalente al artículo 9.2 CE a nivel supranacional. Tampoco lo hay para asegurar su sometimiento al Estado de Derecho. El control del respeto a los principios del Estado Social debe producirse más tarde, en el procedimiento de legitimación de la norma privada supranacional como norma del Estado, que como sabemos será un proceso judicial. Facilita dicho control que el ciudadano corporativo a menudo no pierde tampoco de vista las necesidades sociales o medioambientales al elaborar sus normas, como ya vimos; pero es que, por lo general, hay un interés económico tras esta política. El control del Juez nacional sobre

¹¹⁵ En España, vid. en general ARIÑO ORTIZ, G. (2004:87 y ss.); PÉREZ ROYO, J., «El Estado Social», en ARAGÓN REYES, M. (dir.) (2011): *Temas Básicos de Derecho constitucional*, Pamplona: Civitas, 2ª ed., pp. 191-194 y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2007): *La Administración en el Estado Social*, Madrid: Marcial Pons.

¹¹⁶ En este sentido vid. ARIÑO (2004:30).

el «cumplimiento» por parte de las normas privadas supranacionales de determinados deberes emanados de la cláusula de Estado Social sólo puede ser muy laxo, pero al mismo tiene que ser efectivo. Por eso el control de cumplimiento de la cláusula de Estado Social dependerá de la fuerza que ostenten en cada caso los principios de este en el ordenamiento interno, y también de la dimensión social del problema que sea objeto del caso¹¹⁷.

3. El Estado Garante

No se puede seguir pretendiendo el sometimiento de las normas privadas supranacionales a las reglas del Derecho estatal o el Derecho Internacional Público vigentes en los siglos XIX y XX. Ante un contexto político, económico y jurídico global, la respuesta de un ordenamiento jurídico moderno debe ser la integración estatal de la norma privada supranacional, entendiendo que la integración implica necesariamente un control de la propia norma. El Estado se sitúa así en una posición de garante¹¹⁸ de los derechos fundamentales y los valores

¹¹⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007:167) ha subrayado -en referencia fundamentalmente a la educación y la asistencia sanitaria- que la pluralidad en el sistema prestacional social requiere también de la participación de entidades privadas y concertadas, de manera que el fomento y seguridad jurídica de la actividad de tales entidades privadas prestacionales forma parte también del deber promocional dirigido a los poderes públicos en virtud del artículo 9.2 CE, que no puede entenderse satisfecho meramente mediante las prestaciones administrativas. Este puede ser uno de los caminos factibles para muchas normas privadas supranacionales y para algunos ciudadanos corporativos que son entidades sin ánimo de lucro, como es el caso de muchas ONGs, participar como entidades privadas en los fines promocionales del Estado Social. Un ejemplo de esta dimensión social de las normas privadas supranacionales podemos encontrarlo, entre las actividades prestacionales en el mundo de la cultura, en muchas normas reguladoras de la actividad de los museos, entre las cuáles pueden contarse las emanadas de un importante ciudadano corporativo del sector, el ICOM (*International Council of Museums*). Para una relación de estas normas vid. <https://icom.museum/es/actividades/>.

¹¹⁸ Vid. sobre todo ESTEVE PARDO, J. (2015): *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid: INAP y también en ESTEVE PARDO, J. (2015): «La Administración garante. Una aproximación» en *Revista de administración pública*, nº 197, pp. 11-39. Parece claro que la idea de Estado garante no puede asociarse sólo a una determinada actitud regulatoria en los sectores económicos, sino que debe entenderse como toda una posición del Estado de Derecho moderno frente a los actores privados, como regulador, como supervisor, pero también en el ejercicio de cualquier otra potestad. También ha visto esta conexión del Derecho Global con el Estado garante como sujeto de control MARCHECO ACUÑA, B. (2018): «Los desafíos de la ciencia del derecho administrativo ante la globalización», *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 49. Este autor -que conecta el concepto de Estado garante con ideas de VOSSKUHL y SCHMIDT-ASSMANN, principalmente en SCHMIDT-ASSMANN, E. (2012): «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en BARNÉS, J. (ed.). (2012): *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2da ed., Sevilla: Global Law Press- trae también a colación un segundo término, el de «Estado Estratega». Esta expresión puede rastrearse en la obra del propio ESTEVE, por ejemplo en ESTEVE PARDO, J. (2013): *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, M. Pons, Madrid, p. 25, o siguiéndole en CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (2014): «Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n. 193, pp. 11-44, p. 15. Sin embargo, en nuestra modesta opinión, a esta segunda expresión -aunque muy efectista- no ha seguido que sepamos un proceso de formación conceptual, que sin embargo sí que se ha realizado, y con gran fruto, con el concepto de Estado garante, de largo mucho más sólido y en nuestra opinión preferible para describir diversas realidades jurídicas, a las que habría que sumar ahora la realidad del control de la función normativa supranacional. Por otra parte, el Estado garante parece una opción de regulación del Derecho Global más realista que otras opciones que podríamos calificar como propias del constitucionalismo global, tales como la democracia cosmopolita o «dibatatimentales» o el Estado Social global (sobre estas ideas, vid. CASSESE (2009) y MIR PUIGPELAT, 2004:227, 245).

constitucionales, una posición de control, sí, pero no por ello subordinada, ni mucho menos, sino al contrario, fundamental para el buen funcionamiento del sistema. Para nosotros la idea de Estado garante debe ir más allá de un modelo normativo de los sectores regulados, y debe convertirse en la columna vertebral de una concepción contemporánea del Estado: un sujeto con plena personalidad jurídica cuya posición no es ya de dominio absoluto, sino sólo mayoritario, y cuya primera función es defender al ciudadano frente a terceros poderes, a menudo no estatales. Es esta tarea la que le encomendamos al Estado frente al Derecho Global en el presente trabajo, y en particular a uno de sus órganos: el Juez ordinario.

4. El Derecho Administrativo

El concepto de Derecho administrativo es posterior al concepto de Administración, aunque sólo sea en un sentido puramente lógico. OTTO MAYER hizo ya una recensión bastante completa, para su sencillez y precocidad, de las distintas posibilidades definitorias del Derecho administrativo¹¹⁹. El Derecho administrativo sería un Derecho «*relativo a la Administración*», es decir, la Administración es la institución a la que va unida esta rama del Derecho público. Podría sugerirse que esta es una concepción cercana a la estatutaria, aunque aquí ciertamente no hay atisbos de la personificación jurídica de la Administración, de la imputación a la Administración de su propia actividad. Al contrario, la Administración no tiene actividad, sino que es actividad en sí misma: «*la administración, es la actividad del Estado*»¹²⁰. Es al Estado a quien se le imputa la actividad administrativa. Pero son dos, no una, las personas entre las que el Derecho administrativo «*debe trazar sus líneas*» (sic). Una de ellas es el Estado, desde luego. Pero la otra son los sujetos de su actividad. El *status* jurídico-político de estos sujetos en Derecho moderno exige llamarles ciudadanos. Suena ya muy moderna la definición de COLMEIRO, que afirma que el Derecho administrativo regula las relaciones de la Administración y los ciudadanos, siendo su objeto las cosas de interés público¹²¹. Entre nosotros, se ha definido el Derecho administrativo partiendo el concepto de función

¹¹⁹ MAYER, O. (1906:15 y ss.).

¹²⁰ MAYER (1906:15).

¹²¹ COLMEIRO (1876:34): «66.—*El derecho administrativo será, pues, el conjunto de leyes que determinan las relaciones de la administración con los administrados; es decir, la ciencia de la acción y de la competencia del poder ejecutivo en cuanto ordena y regula los intereses generales.*» De donde se colige que el derecho administrativo difiere del civil por razón de su objeto, de su fin y de sus medios. 67.—*Por razón del objeto, porque así como las leyes civiles versan sobre materias de interés privado, las administrativas miran á las cosas de interés público: ad statum rei publica spectant*»

administrativa atribuida a la Administración y sus entidades dependientes o vinculadas¹²², siendo su objeto las relaciones jurídicas de aquélla con los ciudadanos¹²³.

La concepción del Derecho administrativo como relacional es necesaria para mantener la dialéctica Estado-Sociedad, indispensable para garantizar la libertad individual como valor, incluso a pesar de cierta discusión sobre la comprensión equivocada o no de dicho dogma hegeliano¹²⁴. El Derecho administrativo debe partir del reconocimiento de la dialéctica Administración-ciudadano, que se corresponde a su vez con la dialéctica Estado-Sociedad. Es decir, que la contraposición y negación mutua del interés público que representa la Administración y del interés particular que representa el ciudadano-interesado debe resultar en la síntesis de ambos intereses.

Pues bien, en el contexto de esta reflexión general sobre el nuevo Derecho administrativo que viene, irrumpen las normas supranacionales. Las normas supranacionales asumen una función de creación normativa que tradicionalmente les corresponde a los poderes públicos. Este fenómeno no es sino una manifestación más del Derecho administrativo del siglo XXI: el ciudadano toma iniciativas propias en su relación con la Administración, no sólo hace uso de mecanismos de defensa una vez que ésta ya ha actuado. La creación de normas privadas supranacionales es una función normativa *de facto* que rivaliza con las normas de la propia Administración del Estado, y de ahí que, como ya dijimos al formar el concepto de ciudadano corporativo, sea necesario un nuevo concepto de Derecho Administrativo: porque el ciudadano corporativo no es mero pasivo, sino activo y constitutivo de relaciones jurídicas y del propio orden jurídico sectorial autorreferencial en el que aparece. Frente a esto el Derecho Administrativo no puede desplegar ya sólo mecanismos de control de la

¹²² GONZÁLEZ-VARAS, S.J. (2008): *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid: Thomson-Civitas, 1ª ed. (obra completa), p. 29.

¹²³ GONZÁLEZ-VARAS (2008: 39).

¹²⁴ Sobre el debate de la separación Estado-Sociedad en HEGEL y su comprensión equivocada, vid. los comentarios de NEGRO PAVÓN en HEGEL, G.W.F. (2010): *La Constitución alemana*, Madrid: Tecnos, p. 31. Sobre la comprensión de esta distinción tradicional en el Derecho Público y su vigencia actual y la irrenunciabilidad del Estado vid. ARIÑO ORTIZ, G. (2004:XXXIV), Granada: Comares. Parece ser que para HEGEL la oposición funciona más bien como fase de la dialéctica, de manera que el Estado tarda en adaptarse o en recoger lo que ya está presente en la Sociedad, hasta que llega a la síntesis con ésta; a comienzos del siglo XIX, esta síntesis sería el Estado constitucional, pero en tanto que se produce existe un conflicto dialéctico entre Estado absoluto y Sociedad que sólo puede ser resuelto mediante la síntesis constitucional. Esta comprensión de la oposición, destinada a la síntesis, es evidentemente diferente de la estrictamente liberal con raíz en LOCKE en Inglaterra, MONTESQUIEU en Francia y VON HUMBOLDT en Alemania, para la que Estado y Sociedad deben ser distinguibles siempre, de forma que el primero no perjudique el funcionamiento de la segunda.

Administración y derechos del ciudadano, sino que debe llevar también estos mecanismos de control al ciudadano corporativo, en los casos en que sea necesario.

VI. Legitimidad y Legitimación

La Legitimidad y la Legitimación, como cualidad del poder y como procedimiento respectivamente, y la forma en que vertebran esa nueva rama del Derecho, la Global, son la columna vertebral del presente trabajo. Lo que se puede decir de ambos conceptos es inacabable, cuánto más del binomio Legalidad y Legitimidad¹²⁵. La consideración de un determinado régimen como *ilegítimo* por aquellos que se sitúan fuera del sistema jurídico cuestionado (en el espacio o en el tiempo, o simplemente, ajenos a su influencia) no empece necesariamente, para bien o para mal, la eficacia de sus normas jurídicas, o en otras palabras, su legalidad¹²⁶.

No obstante, parafraseando la expresión clásica donosiana, nada hay aquí que pueda causar sorpresa, sino la sorpresa misma. El hecho de que la legitimidad sea un concepto políticamente variable o manipulable no es novedad alguna, sino muy al contrario, el cumplimiento de su propia finalidad. Tal finalidad es respaldar el Derecho objetivo con la autoridad política reconocida en su ordenamiento. La Revolución Francesa aspira a sustituir, al menos formalmente, un señor absoluto, el Rey, por la Nación¹²⁷, y de hecho, parece que tanto en España como en Francia se conservarán muchas instituciones del Antiguo Régimen

¹²⁵ Obviamente, la cita obligada es SCHMITT, C. (1968): *Legalität und Legitimität*, 2ª ed, Berlín: Duncker & Humblot, versión en español en SCHMITT, C. (1971): *Legalidad y Legitimidad*, Madrid: Aguilar, y también LEGAZ Y LACAMBRA (1958): «Legalidad y Legitimidad», *Revista de Estudios Políticos*, n. 101, pp. 5-23, sin olvidar tampoco la clasificación clásica de WEBER, M. (1956, 1964 de la edición en español, reimpresión 2002): *Economía y Sociedad*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España; aunque también hay aportaciones modernas en España como la de NIETO GARCÍA, A. (2017): «La legitimidad de las leyes», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.) (2017): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: : libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 1, Tomo 1, pp. 379-392, que ya responde ilustrativamente a toda la problemática.

¹²⁶ En este sentido, NIETO (2017:389 y ss.).

¹²⁷ En este sentido, literalmente, SCHMITT, C. (1934): *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München: Duncker & Humboldt, 2ª ed, p. 65: «an die Stelle des monarchistischen tritt der demokratische Legitimitätsgedanke». El origen teológico de los conceptos fundamentales del Estado de Derecho, y en particular de la legitimidad y la soberanía, nos parece que está fuera de cuestión, lo que no los resta ninguna importancia, y sí que pone en cuestión los intentos de encontrar fundamentos materiales de justificación de la legitimidad, intento del cual entendemos habría que distanciarse. Por tanto, el mero hecho de que un régimen sea materialmente democrático o fundado en el principio de legalidad no puede servir para justificar su legitimidad. La legitimidad de un régimen político-jurídico sólo puede descansar en una asunción teológica (o en sus sucedáneas de menor carga dogmática, la moral o la ética o la razón ilustrada). Esta asunción, sin embargo, es indispensable para justificar el propio sistema jurídico, y de ahí que no sea renunciable.

adecuadamente adaptadas¹²⁸. Si seguimos el hilo del argumentario ideológico liberal, está todo claro entonces: la Nación es la única soberana y por tanto el único sujeto capaz de *legislar*, de aprobar Leyes que la regulen a sí misma, y si el Príncipe lo ha hecho en el Antiguo Régimen, ha sido en virtud de un poder emanado de la propia Nación¹²⁹.

Tal justificación ideológica del poder legislativo que «*por naturaleza*» pertenece al soberano es -incluso en su sentido etimológico- la legitimidad, y no otra cosa. Que este planteamiento es ideológico es evidente, tanto que el más inmediato sucesor de los revolucionarios franceses, la Monarquía Borbónica en su restauración postrevolucionaria, recogió el término alterando completamente su sentido en favor de una concepción dinástica de la legitimidad. Y desde entonces ha sido empleado con profusión por ideologías muy distintas, pero siempre pretendiendo entregar con este pretexto la soberanía y el poder legislativo a quien corresponda el poder político en cada una de ellas. Como tampoco existe la legitimidad de un Gobierno concreto, de una norma concreta o de un acto o sentencia judicial, sino sólo la de todo el sistema en su conjunto, a partir de la cual estas normas, actos y sentencias *se legitiman* cuando son dictadas siguiendo el procedimiento establecido. Por eso nos sorprende que se busque una «legitimidad» objetiva o defendible como si fuera un hecho u objeto material externo al Derecho que, obviamente, ni existe ni existió nunca, ni permite *deslegitimar la legitimidad* en la que se fundamenta un orden jurídico determinado *sin deslegitimar todas las legitimidades* de todos los sistemas jurídicos, pues estarían todas enfermas del mismo vicio, su naturaleza política y justificativa de un régimen determinado¹³⁰.

Ahora bien, para nosotros la legitimidad significa lo que significa en el Derecho vigente, esto es, la soberanía de la Nación (o el pueblo) en el Estado de Derecho. Por tanto, no podrá nunca hablarse de una *legitimidad originaria* de las Leyes o Reglamentos, sino sólo de una

¹²⁸ Sobre esto vid. GALLEGU ANABITARTE, A. (1971a): *Administración y jueces gubernativo y contencioso: reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el estado constitucional, y los fundamentos del derecho administrativo español*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos y GALLEGU ANABITARTE, A. (2009): *Poder y derecho: Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*, Madrid: Marcial Pons.

¹²⁹ Por eso ahora la pregunta será cual es la legitimidad de actores estrictamente privados -a los que llamamos ciudadanos corporativos- y de dónde proviene. Sobre este problema de legitimidad hablaremos largamente. Como ejemplo en la doctrina española sobre la actualidad del problema, vid. RODRÍGUEZ-ARANA (2010:20).

¹³⁰ Sobre la legitimidad constitucional en general vid. SCHMITT, C. (2001): *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza y LÖWENSTEIN, K. (1971): *Teoría de la Constitución* (trad. GALLEGU ANABITARTE, A.) Barcelona: Ariel.

*legitimación derivada y procedimental*¹³¹. Así, cada norma jurídica estatal, cada Reglamento, cada Ley, *se legitiman* mediante un procedimiento de adopción establecido en el propio sistema jurídico, se revisten de la legitimidad del soberano mediante su aprobación conforme al procedimiento y dentro de la potestad y competencia del órgano que las dicta y respetando las reglas aplicables de jerarquía normativa y resolución de conflictos internormativos, legitimándose tales normas sólo de esa forma y no de ninguna otra. De la misma forma, la propia Constitución, entendida como Leyes constitucionales positivas, no es legítima sino que se ha legitimado mediante su aprobación por el soberano constituido en legislador constituyente (en el caso español, en Cortes Constituyentes). Legítimo o dotado de legitimidad sólo puede estarlo el poder del soberano.

La misma lógica es aplicable a las normas privadas supranacionales: no ostentan legitimidad alguna *a priori*, pero *se legitiman* mediante un procedimiento, que describiremos en la Parte § III y que protagonizará el Juez ordinario. De la misma forma, resulta inapropiado hablar de *grados de legitimidad*, porque tal y como estamos explicando, la legitimidad es una cualidad que o se ostenta o no, y tal ostentación sólo puede serlo del soberano¹³². Las normas jurídicas no ostentan grado de legitimidad alguno, sino exclusivamente una posible pátina de legitimación que las dotaría del debido respaldo soberano y las convertiría en admisibles para el

¹³¹ Y es de esta legitimidad (ideal y figurada, pero fundamental para construir nuestro Estado de Derecho y plenamente vigente) de la que debe revestirse la norma privada supranacional, mediante su propio procedimiento para legitimarse, que no en vano hemos llamado *procedimiento de legitimación*, y de ahí que distingamos la *legitimidad* como sustrato justificativo del ejercicio de la soberanía por parte del soberano constituido, de la *legitimación* como procedimiento de elaboración o integración de cada norma, acto o sentencia concretos que forman parte del sistema jurídico.

¹³² La propuesta de los «grados» de legitimidad es un lugar común en el análisis de las normas privadas supranacionales, debido naturalmente a su falta de legitimidad democrática *ex ante*. Han sugerido una gradación de la legitimidad, por ejemplo, en *niveles de legitimidad* SCHMIDT-ASSMANN (2003:112-3) -siendo esta de largo la construcción dogmática más sólida- o entre nosotros RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2016a): *Metodología del Derecho Administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid: Marcial Pons, p. 120 y ya en relación a las normas internacionales emanadas de Organizaciones Internacionales (que nosotros consideramos equivalentes a las normas privadas supranacionales) SARMIENTO (2008:67) hablando de un *plus* de legitimidad. Sin embargo, esto no se ha traducido en construcciones dogmáticas convincentes, hasta donde nosotros conocemos. Y es que resulta difícil llegar a construir un sistema de «grados» (¿tal vez jerárquicos?) de la legitimidad, cuando a nuestro modo de entender ni siquiera es correcta la premisa, porque como explicamos ni la Constitución, ni la Ley, ni los reglamentos, ni las normas privadas supranacionales ni ninguna otra fuente del Derecho son legítimas, ni democráticamente ni en ningún sentido, como no lo es ningún acto ni decisión judicial alguna, sino que legítimo es exclusivamente el poder del soberano. Las normas jurídicas -de la Constitución abajo- son meramente legitimadas, es decir, investidas de tal legitimidad que se atribuye al soberano mediante un determinado procedimiento. Por tanto, la clave estará, en nuestra opinión, en encontrar el procedimiento de legitimación adecuado para incardinar las normas privadas supranacionales en el Derecho interno. De esta manera, la legitimación de las normas, como legitimidad atribuida, sí que puede -según nuestro análisis- expresarse en términos absolutos de negro o blanco, existencia o inexistencia: una norma privada supranacional en su existencia al margen de todo control estatal y democrático no está legitimada (o «dotada de legitimidad»), mientras que una norma privada supranacional reconocida por un órgano jurisdiccional sí que lo estará.

ordenamiento jurídico, de manera que serían aplicables, fundamentalmente en el aspecto de su eficacia territorial, que es aquel en el que el moderno Estado garante ostenta todavía pleno control. Pero siempre bajo el control del Juez ordinario.

Esta respuesta, además, se justifica en otra evidencia del contexto jurídico internacional y supranacional: en ninguno de estos dos niveles es posible encontrar auténticas fuentes de legitimidad democrática. Por eso convenimos con TOMUSCHAT en la observación de que, en la medida en que no es posible fundamentar una legitimidad democrática de un poder público internacional ni global, tal legitimidad debe anclarse -cualquiera que sea el mecanismo elegido para investir de tal legitimidad al poder internacional o global- siempre en la voluntad democrática expresada en el contexto del Estado de Derecho. No es posible, por tanto, articular una «constitución internacional» de corte federal si no puede investirse al poder central resultante de legitimidad democrática; y esto no es posible en el nivel inter o supranacional, donde tal legitimidad es sólo derivada¹³³. De ahí la importancia que otorgamos nosotros al *procedimiento de legitimación* como procedimiento ordenado de recepción de la norma privada supranacional en el Derecho del Estado, procedimiento en el cual el papel crucial corresponderá al Juez ordinario¹³⁴.

VII. Potestad y Función de relevancia jurídico-pública

Debemos también aclarar desde este mismo momento una distinción terminológica que puede crear confusión, pero que creemos necesaria para comprender la dinámica del Derecho Global. Cuando hablamos de *poder*, estamos hablando de poder como hecho social, ya sea este *de facto* o *de iure*, de manera que englobamos tanto el ejercicio de funciones de relevancia jurídico-pública propia de las entidades supranacionales como las potestades

¹³³ Sobre esto vid. TOMUSCHAT, C. (1977): «Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen. Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart», *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Basel*, 36 (accesible en <https://www.degruyter.com/viewbooktoc/product/990>) y VON BOGDANDY, A. (2011): *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, Ciudad de México: UNAM, p. 437.

¹³⁴ Este planteamiento, que seguiremos a lo largo del presente trabajo como máxima de lo que llamamos «procedimiento de legitimación», está emparentado con el concepto de «Derecho odioso». El Derecho odioso sirve, en definitiva, para calificar todo el Derecho ajeno al sistema: la calificación de odioso la hemos recibido ya de los romanistas medievales, a través de DOMAT, pero precisamente para calificar una suerte de paradoja aparente. El Derecho romano es para estos juristas el Derecho común, pero queda derogado allí donde es contrario a la norma positiva o la costumbre vigente en un espacio y tiempo determinados. Entonces, allí donde está derogado, el Derecho romano es Derecho odioso, pero en el resto del ordenamiento es Derecho común. La lógica no es exactamente igual en las normas supranacionales, pero el fondo es el mismo: corresponde al Juez ordinario determinar, mediante el procedimiento de legitimación, qué normas supranacionales han de ser consideradas derecho odioso y cuáles no. Sobre esta discusión vid. MAGDELAIN, A. (1962): «Domat y el Derecho Romano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n. 21, 165-171.

propiamente dichas. Esto no significa que los poderes que no están formalmente constituidos conforme a ningún ordenamiento, lo cual es por supuesto un rasgo definitorio del Derecho Global, no sean poderes jurídicos: lo son, pero en el sentido de que son poderes *de facto* jurídicamente relevantes, pero no jurídicamente constituidos en ningún ordenamiento estatal, para los cuales insistimos en reservar el término de *potestades*. De esta forma, no es admisible que, mediante la calificación como meros «*poderes*», el ejercicio de poderes normativos por parte de ciudadanos corporativos o el control por parte órganos arbitrales supranacionales quede al margen de la discusión jurídica, al negárseles auténtica «naturaleza» de *potestades*. Cuando hablamos de *potestad*, sin embargo, estamos hablando de poderes jurídicos estatales, amparados por un ordenamiento jurídico y distintos de un derecho subjetivo, en el sentido de SANTI ROMANO¹³⁵. De esta forma, *potestad* es el término que empleamos en el presente trabajo para designar el poder que *aparece investido de una autoridad*, en tanto que el más genérico de *poder* serviría para designar situaciones en las que falta una posición de superioridad genérica, dominio o más aún, una autoridad jurídicamente constituida, de tal forma que «*poder*» puede llegar a englobar por su generalidad los propios derechos subjetivos¹³⁶.

La concepción decimonónica del Estado como único sujeto de imputación de potestades públicas hace que la atribución de éstas a sujetos privados resulte inadmisibles para un jurista formado en la concepción estatal del ordenamiento jurídico, al menos en ausencia de atribución legislativa. Pero la realidad es que el ejercicio de esos «*poderes*» es jurídicamente relevante y ocupa el espacio de ejercicio de poder normativo del Estado, entrando de hecho sus normas en conflicto, y de ahí que estos poderes de los que llamamos ciudadanos corporativos sean, en nuestra opinión, auténtica expresión de funciones de relevancia jurídico-pública, aunque no exista norma constitucional o tratado internacional que las

¹³⁵ Vid. SANTI ROMANO (1947): *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano: Giuffrè, p. 173.

¹³⁶ SANTI ROMANO (1947:194).

atribuya y no puedan calificarse propiamente como «*potestades*» (pero por supuesto, tampoco como derechos subjetivos¹³⁷).

Este concepto tan rígido de potestad se justifica sólo y exclusivamente por la ligazón entre poder y soberanía, encarnada (tanto en el derecho decimonónico como hoy) exclusivamente en el Estado. Lo expresa magistralmente SANTAMARÍA DE PAREDES¹³⁸ cuando afirma que «*todo poder del Estado es facultad de obrar, y como emanado de su soberanía, contiene en sí el principio de autoridad. Pero esta facultad de obrar con autoridad (sic) que tiene la Administración, en cuanto que es Poder Ejecutivo del Estado, se diversifica en varias facultades, cada una de las cuales lleva ingénito el mismo principio de autoridad, mostrándose como otros tantos poderes que reciben el nombre de potestades*». De ahí que emplearemos el término potestad, y especialmente potestad legislativa, para referirnos exclusivamente al ejercicio del poder público por parte del Estado, y *función con relevancia jurídico-pública* o función normativa, siempre que estemos hablando de poderes jurídicos supranacionales. No obstante, creemos que en estos casos podría hablarse sin duda de una *potestad impropia*, en el sentido de que el poder del ciudadano corporativo es un poder jurídico y no una mera facultad o un mero hecho social extrajurídico, con la salvedad de que no es un poder constituido por un ordenamiento jurídico estatal. Seremos fieles, sin embargo, a la denominación más descriptiva de función con relevancia jurídico-pública.

Por otra parte, reservamos los más genéricos de «poder» o «poderes» para el hecho fáctico de la ostentación de una facultad o dominio, que puede englobar tanto a las potestades del

¹³⁷ El derecho subjetivo como categoría parece estar recuperando fuerza en los últimos años. Buena cuenta de ello da la apuesta de MEDINA ALCOZ, L. (2016): *Libertad y autoridad en el Derecho Administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*. Madrid: Marcial Pons, que realiza una completa revisión histórica del concepto de interés legítimo para demostrar que en absoluto cumplió una función amplificadora de la defensa de los intereses de los ciudadanos, sino al contrario, para restringir su acceso a la jurisdicción y por ende el control de la actividad administrativa, fortaleciendo el poder de las instituciones estatales. El autor ve en este viraje, de mediados de los años 1850 y vinculado a la jurisprudencia de intereses, la consolidación de los intereses de una burguesía conservadora vinculada al principio monárquico. Tal evolución es susceptible de una crítica tanto marxista (presente en el vocabulario empleado por el autor) como liberal contemporánea de inspiración hayekiana. En cualquier caso, no hay motivos para dudar del juicio histórico muy bien fundamentado de esta obra. Cuestión distinta es el juicio dogmático que merece la reconducción de todo cumplimiento de la legalidad hacia un modelo de derecho subjetivo del que sería titular el beneficiario de tal cumplimiento. Aunque decantado desde el *ius commune*, el derecho subjetivo es un concepto dogmático típicamente liberal, cuya adaptación a las circunstancias actuales es difícil, sin tener ventaja alguna sobre el interés en el sentido formal, pues son ambos exactamente lo mismo: ficciones jurídicas. Parece preferible, por tanto, antes de intentar forzar una reconducción de la aplicación de las normas privadas supranacionales a la teoría del derecho subjetivo, fundamentar ésta en conceptos más flexibles. Por eso en el presente trabajo fundamentamos la aplicabilidad de las normas privadas supranacionales no en construcciones de derecho subjetivo ni de potestad, sino en un ejercicio fáctico de funciones normativas que cuenta con la aquiescencia de los sujetos que reciben las normas y en un procedimiento de control que denominamos procedimiento de legitimación.

¹³⁸ SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1911): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Imprenta Española, p. 52. En el mismo sentido, vid. VILLAR PALASÍ, J.L. (1977): *Apuntes de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Editorial Complutense, pp. 159 y ss.

Estado como a las funciones ejercidas de hecho por los ciudadanos corporativos. De esta forma, cuando hablamos específicamente de poder normativo nos referimos genéricamente a todo poder de crear normas, tanto la potestad legislativa del Estado como la función normativa del ciudadano corporativo.

VIII. Monismo jurídico estatal y Pluralismo jurídico global

1. El sistema como paradigma del monismo

El sistema, más allá de concepciones filosóficas que presuponen o niegan su existencia en la naturaleza, debe ser la aspiración de toda Ciencia, incluida la jurídica¹³⁹. LARENZ ha explicado que el concepto de sistema en la Ciencia del Derecho nace con el objetivo de aplicar al Derecho los métodos de las ciencias naturales, para alcanzar una suerte de *summum* de la racionalidad¹⁴⁰. Sin embargo, sostiene este autor que la sistemática trae causa del Derecho natural, pues en sus distintas concepciones (especialmente la cristiana, y muy particularmente la escolástica) deriva el Derecho de una serie de principios fundamentales (Justicia, *bona fides*, *ius gentium*) y éstos de una Verdad fundamental. El sistema sería el desarrollo de una unidad en una variedad que goza de una «conexión de sentido». La metodología del idealismo alemán sigue este camino en sus líneas maestras, derivando todo el

¹³⁹ En expresión clásica de HEGEL «una filosofía que no es un sistema nada podrá tener de científica. Expresa antes bien una opinión subjetiva y su contenido es un contenido contingente. Porque un contenido no está justificado sino cuando es el momento de un todo. Fuera de esto, todo no es sino una hipótesis o una afirmación subjetiva. Hay muchos escritos filosóficos que no expresan sino opiniones y convicciones de este género. Con error se considera que constituye un conocimiento sistemático una filosofía que descansa sobre un principio limitado y que se halla en presencia de otro principio. **La verdadera filosofía debe encerrar todos los principios particulares en su unidad**», HEGEL, G.W.F. (1892): *Lógica*, IV Tomos, Madrid: Biblioteca Económica Filosófica (traducción de Antonio Zozaya), Tomo I, p. 56.

¹⁴⁰ Vid. LARENZ, K., CANARIS, W. (1995): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Heidelberg: Springer Verlag, pp. 263 y ss., y en la versión española LARENZ, K. (1994): *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid: Ariel Derecho, pp. 168 y ss. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016:74) entiende que la construcción del un sistema es el resultado de la tarea intelectual de reconstrucción del Derecho vigente a la que se debe entregar la metodología académica, por contraposición a la metodología aplicativa (que serían para el autor dos metodologías diferentes, judicial y administrativa) y la metodología dogmática, que consiste en la conceptualización y análisis del Derecho positivo. En este sentido, el trabajo que desarrollamos en el presente estudio es, fundamentalmente, de metodología académica, y por tanto su finalidad última es contribuir a la construcción de un sistema de Derecho Global, aunque es innegable que tendrá también elementos aplicativos (el procedimiento de legitimación, la resolución del conflicto con las normas estatales) y dogmáticos (el examen de normas privadas supranacionales concretas, tanto a lo largo del trabajo como fundamentalmente en el final Capítulo § IV).

sistema de un sólo punto trascendental. Así, por ejemplo, la sistematización del Derecho romano se convirtió en la gran obra jurídica de la Pandectas¹⁴¹.

Sin embargo, hablar del Derecho Global, a día de hoy, es hablar de una realidad asistemática. Cuando la doctrina aborda el Derecho Global, habitualmente habla de un conjunto de normas sin ninguna coherencia interna, o de unos principios vagos que, se supone, se verifican en las organizaciones internacionales o entidades de las que emanan, o mejor aún, que son presuntamente protegidos por los órganos internos de resolución de conflictos de estas organizaciones que pretenden equipararse a órganos jurisdiccionales. De ahí que se identifique reiteradamente el (des)orden jurídico global con el pluralismo jurídico, noción a la que volveremos reiteradamente a lo largo del trabajo¹⁴².

Sin embargo, en el presente trabajo nos planteamos como objetivo la formación de un concepto de Derecho Global con pleno sentido y contenido, que permita integrar las normas privadas supranacionales en un orden sistemático. De esta manera, aspiramos a que el Derecho Global supere la etapa de ser «concepto clave»¹⁴³. Por concepto clave entendemos

¹⁴¹ LARENZ (2010:39). Como bibliografía general vid. las siguientes: STAMMLER, R. (1930): *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid: Reus; RADBRUCH, G. (1952): *Filosofía del Derecho*, Madrid: Revista del Derecho Privado; COING, H. (1961): *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona: Ariel; ESSER, J. (1961): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona: Bosch; HENKEL, H. (1968): *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos de Derecho*, Madrid: Taurus; ENGISCH, K. (1968): *La idea de la concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales*, Pamplona: UNAV; WILHELM, W. (1980): *Metodología jurídica del siglo XIX*, Madrid: Edersa; CANARIS, C.W. (1998): *El sistema en la jurisprudencia*, entre otros.

¹⁴² En este sentido, son clásicos los trabajos de TEUBNER, TEUBNER, G. (1996): «Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus», *Rechtshistorisches Journal* 15, 1996; TEUBNER, G. (dir.) (1997a): *Global Law Without State*, Dartmouth: Dartmouth Publishing Co Ltd; TEUBNER, G. y KORTH, P. (2009): «Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Laws in the Double Fragmentation of World Society», en YOUNG, M. (ed.), *Regime Interaction in International Law: Theoretical and Practical Challenges*, Cambridge: CUP y también por citar un ejemplo reciente DE BELLIS, M. (2010). Entre nosotros, DARNACULLETA (2015:211) critica que «el carácter autorreferencial y excluyente de los postulados del monismo y el pluralismo jurídico convierte en estéril cualquier pretensión de ofrecer una respuesta válida con carácter general sobre la inclusión de los estándares privados internacionales en las fuentes del Derecho». Por el contrario, para nosotros esta es -como resulta evidente- la línea de trabajo más fructífera. El carácter autorreferencial de ambas categorías, monismo y pluralismo, es consecuencia de su naturaleza sistemática. La misma crítica podría hacerse a cualquier sistema conceptual, pero para nosotros esto no es una desventaja: se trata de construir el sistema que responda mejor al mayor número de preguntas que plantea la problemática jurídica vigente, lo suficientemente cerrado como para minimizar las incoherencias y lo suficientemente abierto como para poder comunicarse con otros sistemas y crecer progresivamente, incorporando nuevos fenómenos. No compartimos, por tanto, esta crítica.

¹⁴³ DARNACULLETA (2016:47-48). En el mismo sentido, vid. Díez Sastre, S. (2018): *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Madrid: Marcial Pons, p. 134. La primera autora acaba por concluir -siempre a la luz de una determinada concepción del ordenamiento, del Derecho y de «lo global»- que el Derecho Administrativo Global ni es Derecho, ni es Derecho Administrativo, ni es Global, ni tampoco propiamente una nueva rama del Derecho ni una disciplina sino que sería un «concepto clave», en el sentido que expresamos aquí. Intentaremos demostrar, sin embargo, que en nuestra opinión esta es una etapa superada para el Derecho Global, al que ya sí puede dotarse de contenido dogmático suficiente como para formar un concepto lleno de contenido. Así, disentimos en esta triple crítica al Derecho Global.

aquel del que no se derivan necesariamente consecuencias jurídicas sino que cumpliría una función heurística, permite observar realidades que con los conceptos existentes no pueden ser categorizadas, pone de relieve las interconexiones entre sistemas jurídicos y genera discusión doctrinal para categorizar estos fenómenos¹⁴⁴. Así, no sólo los conceptos clave se caracterizan por la falta de consenso doctrinal, sino que esta falta de consenso es de hecho indispensable para que cumplan su función, la de sugerir nuevas perspectivas de observación, sin dar respuesta a problemas concretos, para lo cual no están diseñados. Tienen una finalidad, en definitiva, funcional, la de suscitar el debate dentro del sistema de conceptos contruidos. De esta forma, parece *a priori* que el Derecho Administrativo Global sería el absoluto paradigma de concepto clave.

Sin duda, el Derecho Global cumple esa expectativa de suscitar debate jurídico. Por otra parte, es igualmente indudable que el concepto de Derecho Global debe evitar dogmatismos demasiado rígidos y optar por una visión funcional. Sin embargo, esto no significa que no pueda dotársele de contenido y rasgos sistemáticos. Naturalmente que no existe una Administración Pública global, al igual que el Derecho Global no puede ser ejecutado sin la colaboración del Estado, precisamente porque éste conserva todas sus potestades sobre el territorio. Pero eso no significa que el Derecho Global no exista, no sea Derecho o no sea Global. Existe porque existen las normas que lo componen y éstas son reconocidas por sujetos obligados; es Derecho porque las normas privadas supranacionales son enunciados prescriptivos sujetos a reconocimiento, y muchas de ellas superarán el procedimiento de legitimación y se integrarán en el orden jurídico estatal; y es global precisamente porque surge al margen del Estado. Si lo «global» se caracterizara por la participación de todos los Estados de la Tierra, además de un imposible político, no dejaría de ser internacional. Lo global es supranacional, concepto muy diferente, que implica existencia al margen de toda territorialidad estatal y que por supuesto no se limita al fenómeno de lo Europeo. Pero efectivamente, la realidad supranacional no puede ser captada desde la dogmática del Derecho público tradicional. De ahí que la «triple negación» del Derecho Administrativo

¹⁴⁴ *Ibid.*

Global sea sólo defendible desde un paradigma del Derecho estatocéntrico, pero no necesariamente fuera de éste¹⁴⁵.

Para nosotros, no constituir un sistema no implica que las normas privadas supranacionales no sean Derecho. La falta de sistema en el Derecho Global y su carácter pluralista, que todavía no ha vivido ese periodo de construcción dogmática, no puede ser sorprendente, sino todo lo contrario: una vez más, lo que sorprende es la sorpresa. El sistema es una ficción necesaria para construir a su vez un ordenamiento jurídico dotado de unidad y coherencia. En un sentido político el sistema era necesario para consolidar un poder sin espacios en blanco -jurídicamente diríamos, lagunas- especialmente en un largo proceso histórico europeo que va desde el siglo XVI al XX, desde la monarquía renacentista hasta el Estado Nación y desde SUÁREZ hasta Kelsen, en el que la centralización del poder legislativo, la eficacia directa de las normas jurídicas y la ausencia de lagunas, entre otros objetivos, son de necesario cumplimiento para asegurar la formación de un poder político y jurídico moderno en manos de su titular legítimo y siempre único, el Monarca, y después la Nación. Para cumplir este fin, el sistema ha sido la teoría indispensable. De ahí la tensión constante entre el carácter tópico de las normas jurídicas y las resoluciones judiciales y el carácter sistemático del ordenamiento¹⁴⁶. Sin embargo, sistema, unidad, coherencia, no son rasgos del concepto de Derecho, sino de *un* determinado concepto de Derecho vigente en el Derecho positivo del Estado formado en los siglos XIX y XX. En realidad, nada garantiza que el sistema dogmáticamente construido coincida con un sistema subsistente en el orden natural, de tal manera que aún asumiendo que el segundo exista el primero necesita ser sometido a una revisión constante por no ser nunca perfecto. El sistema como construcción es una aspiración

¹⁴⁵ Al margen de que el Derecho Global no constituya aún una nueva disciplina jurídica autónoma (aunque parece comprensible que está naciendo como tal) es claro que tampoco es una nueva rama del ordenamiento jurídico. Ni tiene por qué serlo, sencillamente porque no deriva de ningún ordenamiento jurídico existente. El Derecho Global, si algo no es, es una rama de ningún otro. La clave estará en desarrollar un Derecho Global como categoría sistemática, pues como bien es sabido la Ciencia del Derecho, para serlo, ha de ser sistemática. Vid. BINDER, J. (1925): *Philosophie des Rechts*, Berlín: Stülke, p. 841 y ENGISCH, K. (1986): «Sentido y alcance de la sistemática jurídica», *Anuario de filosofía del derecho*, n° 3, pp. 7-4, p. 9.

¹⁴⁶ El mayor punto de ruptura a este respecto es habitualmente el carácter de la coherencia del sistema y el debate sobre la ausencia o no de lagunas. A este respecto, nos parece la observación más acertada la que enuncia -muy enfáticamente- SANTAMARÍA PASTOR cuando afirma que el dogma de la coherencia del ordenamiento «*pertenece claramente al campo de las ideologías*». Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2011): «Ordenamiento Jurídico», en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Coord.) (2011): *Temas básicos de Derecho Constitucional, Tomo I*, Madrid: Civitas, pp. 321-324. Por supuesto, este problema tiene su reverso político, el debate entre las diferentes teorías que podríamos denominar, si se nos permite, como del grupo del Derecho libre, o bien del grupo de la exégesis, por poner los dos extremos, pero que en definitiva están debatiendo el poder normativo que debe residenciarse en el órgano judicial. En este debate y en el contexto del Derecho Global, nuestra respuesta será depositar gran parte del poder decisorio en el Juez ordinario. Sobre este debate en general vid. NINO, C.S. (1983): *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona: Ariel, pp. 432-437.

necesaria para una construcción académica del fenómeno jurídico, pero no necesitamos la existencia previa de un sistema para que haya Derecho objetivo ni éste se agota en una regla de reconocimiento social o general, sino que son posibles otras fórmulas en otros contextos.

Así, se ha hablado de una transformación del concepto de sistema, en el sentido que estamos intentando expresar aquí, desde una inmanencia y perfección teórica que se ha calificado como «criptoidealista» hacia un concepto funcional empleado como «instrumento externo para el orden y manejo del Derecho»¹⁴⁷. La tensión entre tópica y sistemática, aunque nos parece una discusión moderna, es en realidad inmanente a todo discurso jurídico, y está presente ya en obras tan venerables como preteridas de la dogmática contemporánea. Un autor que ha sabido ver esta tensión y resolverla magistralmente ha sido AL-GHAZALI (Algazel)¹⁴⁸. Lo que nos interesa resaltar de esta teoría es la naturalidad con la que este jurista se enfrenta a una concepción dualista del Derecho, que nosotros compartimos. Así, el Derecho no sería -como en el modelo kelseniano- una pirámide jerarquizada en la que las decisiones judiciales son el eslabón más bajo de una cadena dinámica de enunciados, sino una realidad de dos caras, la sistemática, ordenada y abstracta de las normas jurídicas, y la tópica y concreta de la aplicación del Derecho, fundamentalmente mediante decisiones judiciales. Ninguna de las dos caras es menor en importancia o jerarquía que la otra, sino que ambas son interdependientes e indisolubles.

¹⁴⁷ Vid. VON BOGDANDY, A. (2011:18 y 136-137). Un ejemplo clásico extremo de crítica a los modelos idealistas y de defensa del funcionalismo- aunque no compartamos sus tesis en el implacable sentido en que se expresan- puede encontrarse en COHEN, F. S. (1935): «Transcendental Nonsense and the Functional Approach», *Columbia Law Review*, v. 35, n. 6, 809-849. En este trabajo, el autor -que maneja un tono irónico dirigido fundamentalmente a criticar la jurisprudencia de conceptos alemana- sostiene sin embargo que el funcionalismo debería permitir exhibir el fondo ético del Derecho, los valores que subyacen al ordenamiento y que, en su opinión, estarían ocultos bajo el paraguas del «sinsentido trascendental». La teoría jurídica que nos llevaría a este proceso de descubrimiento sería el *legal criticism*: «*In traditional jurisprudence, criticism, where it exists, is found masked in the protective camouflage of transcendental nonsense: "the law must (or cannot) be thus and so because the nature of contracts, corporations or the contingent remainders so requires". The functional approach permits ethics to come out of hiding. When we recognize that legal rules are simply formulae describing uniformities of judicial decision, that legal concepts likewise are patterns or functions of judicial decisions, that decisions themselves are not products of logical parthenogenesis born of pre-existing legal principles but are social events with social causes and consequences, then we are ready for the serious business of appraising law and legal institutions in terms of some standard of human values.*».

¹⁴⁸ Sobre esto vid. ASÍN PALACIOS, M. (1925): «Una sinopsis de la ciencia de los fundamentos jurídicos, según Algazel: (análisis y extractos de la introducción de su *Mostasfa*)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 2, 13-26. Para el místico sufi, el Derecho tiene cuatro partes («quicios» en la expresiva traducción española): la primera, las decisiones judiciales aplicables a los actos humanos, que constituyen «*el fruto buscado*» por la ciencia jurídica y que al mismo tiempo deben ser el punto de partida del estudio del Derecho (la tópica); la segunda, las fuentes (en su caso, los textos revelados del Al-Corán, la Tradición y el consenso de la doctrina islámica) que serían «*el árbol que ha de dar el fruto*» (la sistemática). Las otras dos partes o quicios estarían constituidos por, respectivamente, la teoría del método jurídico (el autor se refiere expresamente a la interpretación de las fuentes, la analogía, la eficacia de las normas jurídicas o la costumbre, etc.) y una teoría subjetiva del jurista y su función social.

En nuestro caso, no rechazamos en absoluto la construcción sistemática del Derecho Global, sino todo lo contrario, la consideramos un paso necesario de esta nueva disciplina jurídica, siempre desde la conciencia de que la construcción dogmática y la reconducción del pluralismo jurídico global real a un monismo teórico, por ser una construcción, no tiene necesariamente que verificarse *ex ante*, como de hecho no lo hace en el caso de las normas supranacionales. Nosotros abordaremos la construcción sistemática del Derecho Global reconduciéndolo al Derecho del Estado, mediante el procedimiento de legitimación, y no sólo tratando de sistematizar el material normativo supranacional, aunque sí encontraremos unas notas comunes («sistemáticas») en estas normas, que serán las que caractericen el concepto de Derecho Global mismo: supranacionalidad, tópica, hibridación y carácter recepticio.

2. Los orígenes del pluralismo como teoría

Otra referencia metodológica indispensable para comprender la doctrina del Derecho Administrativo Global es el llamado «pluralismo jurídico». Este es uno de los términos recurrentes del fenómeno, si bien no acaba de resultar adecuadamente definido en la mayoría de las ocasiones. De hecho, es claramente un término polisémico, lo cual implica que sus diferentes significados pueden aparecer, y no sólo uno de ellos, en el contexto del Derecho Global. Igualmente, esta variedad de significados nos obliga a apostar por uno de ellos -o a formar un concepto propio de pluralismo jurídico- a efectos del presente trabajo. Hay que matizar, en todo caso, que este concepto tendrá que estar en relación a su vez con el proceso constante de sistematización en que consiste el procedimiento de legitimación: es decir, que debe ser posible afirmar que el Derecho Administrativo Global es un pluralismo, y a la vez que su método aplicativo permita que éste remita a estructuras sistemáticas.

Por pluralismo jurídico se ha entendido una diversidad de fenómenos, reductibles a dos. En primer lugar, y con prioridad cronológica, el término hace referencia a una discusión sobre el concepto de Derecho objetivo, en la que se discute los propios requisitos que resultan necesarios para que un conjunto normativo sea considerado como tal. En este contexto, una teoría pluralista es aquella que admite fuentes del Derecho objetivo sociales incluso formando ordenamientos al margen del Estatal. En este sentido, claro, el Derecho Administrativo Global puede ser pluralista, aunque lo más común es que esta teoría aparezca en el contexto de las propuestas marxistas sobre las fuentes sociales del Derecho objetivo, que son una vertiente de la crítica antiestatalista que en la doctrina española ha sido denominada la «*sin*

razón de Estado»¹⁴⁹. Esta concepción, sin embargo, tiene una larga tradición de contra-crítica, que cuestiona, por un lado, la pulcritud dogmática y, por otro, la utilidad práctica de la llamada «teoría de la extinción» del Derecho y del Estado, que se califica como «acientífica»¹⁵⁰.

Sin embargo, sigue existiendo -incluso hoy, aunque posiblemente ya como reducto dogmático- una línea de pensamiento de la sinrazón de Estado que, precisamente, es fundadora de una de las líneas teóricas más conocidas del pluralismo. Estas teorías tienen seguramente como máximo representante a BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, quien maneja este concepto junto con otro paralelo que denomina «interlegalidad»¹⁵¹. El autor -tratando por cierto de encontrar aliento nietzscheano en su teoría, de nítido cariz marxiano- cree entrever en la evolución del Derecho objetivo contemporáneo una superación de los moldes dogmáticos tradicionales, que habría que identificar con los poderes vigentes, por parte de ciertos movimientos sociales que permitirían hablar de la fundación de un nuevo modelo jurídico. En este nuevo modelo, diferentes sistemas sociales autónomos darían lugar a su vez a diferentes sistemas jurídicos, también autónomos ellos mismos. A su vez, la intersección entre estos sistemas no necesariamente implicaría un conflicto normativo irresoluble -como tampoco dicho conflicto normativo se correspondería, necesariamente, con un conflicto político- sino que, con los instrumentos adecuados, podría resultar beneficioso para ambos grupos sociales¹⁵².

¹⁴⁹ DÍAZ GARCÍA, E. (1984): *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid: Debate.

¹⁵⁰ DÍAZ (1984:205).

¹⁵¹ Vid. sobre esto su trabajo fundamental DE SOUSA SANTOS, B. (1987). «Law: map of misreading toward postmodern conception of law», *Journal of Law and Society*, vol. 14, núm. 3, 279-302.

¹⁵² Así, afirma el autor que «*To conceive of the tension between the nation state law and the new transnational legality as deriving from two forms of law anchored in two different types of projection of social reality prevents us from falling into a reductionist view (be it economicist or otherwise) of the conflicts they express. Truly, there are conflicting interests and power relations, but they are played out through the intermediation of specific projective devices with their own hermeneutic logic. The legal forms thus ensuing have an autonomy of their own and an efficacy that extends beyond the stakes of the conflicting interests or power positions*» (DE SOUSA SANTOS, 1987:294). Incluso, por añadidura al ejemplo que vamos a exponer inmediatamente, el autor nos provee de otro ejemplo del Derecho portugués que resulta, cuanto menos, impactante, e imposible de respaldar jurídicamente desde un modelo de Estado constitucional de Derecho: «*During the revolutionary crisis in Portugal in 1974-75, a rural worker was indicted for the murder of a big landowner. In his defence the worker invoked provocation and a long list of arbitrary and violent actions perpetrated by the latifundiaro against the rural workers during the many years in which the Salazar dictatorship allowed him to rule the community despotically. For the state legality (called then the democratic legality) the two sets of action - that of the rural worker and that of the landowner - were very different, both in structural and ethical terms. For the revolutionary legality and from the point of view of their lower discrimination and evaluation thresholds, the two sets of actions were similar in that they were both illegal. The murder could not be considered a legitimate revolutionary act but, as a reaction against the landowner's past arbitrariness, it was understandable and could be pardoned*» (291). En fin, merecía la pena transcribir este ejemplo porque corresponde exactamente a lo que nosotros no entendemos por pluralismo jurídico. Veremos que nuestro concepto se separa muy severamente de esta línea de pensamiento.

El ejemplo más famoso que el autor ha aportado para su modelo -y que ha estudiado en profundidad- ha sido, como es bien conocido, el de las favelas. En suma, el autor pretende que en este contexto, existe un pluralismo sistémico, que desde luego es jurídico -de manera que existiría un «derecho [objetivo] no oficial» (sic) que se contrapondría al Derecho del Estado- pero tiene que ser también social, de manera que la «sociedad» de las favelas debiera considerarse plenamente autónoma. Por otro lado, y como es natural, este pluralismo jurídico se corresponde también con un pluralismo lingüístico, de manera que cada uno de los sistemas tiene unos mecanismos de expresión diferentes. El autor designa ambos mecanismos comunicativos -en términos de fuerte carga poética- como «bíblico» (por el sistema comunicativo de las favelas) y «homérico» (por el sistema comunicativo estatal)¹⁵³.

En fin, aunque en principio no sea este el lugar para una crítica a esta teoría -de hecho, cualquier teoría que aporte mecanismos dogmáticos a la comprensión del Derecho Administrativo Global debería ser bienvenida- conviene subrayar que, en realidad, el problema de esta teoría no está tanto en su idea del pluralismo jurídico -que como veremos, es un precedente de la que, con mayor exactitud, corresponde a la que se emplea en el contexto global- como en su pretensión de equiparar la legitimidad de las organizaciones sociales autónomas (si es que tal idea es sociológicamente aceptable, por más que haya rasgos empíricos de autoorganización avanzada en ciertos grupos sociales) a la legitimidad del Estado. En este aspecto, la teoría se diferencia de forma fundamental de la que nosotros proponemos en el presente trabajo, porque precisamente nuestro punto de partida es la afirmación exclusiva de la legitimidad del Estado -y en particular, de la legitimidad democrática del Estado constitucional de Derecho- y la legitimación de cualquier otra fuente normativa, singularmente la global, de manera que ésta deberá pasar siempre un procedimiento para investirse de la legitimidad democrática, que sólo reside en el Estado. No hay pues correspondencia directa entre el modelo *marxista-sousiano* y el nuestro.

¹⁵³ «La investigación sobre las luchas sociales y jurídicas en Recife revela que, tanto los moradores de las favelas, como la Iglesia católica que los apoya, buscan una relación de complementariedad momentánea e inestable entre el derecho no oficial de las favelas y el derecho nacional estatal. La construcción e imaginación de la realidad en estas dos formas de derecho siguen sistemas de señales divergentes, el bíblico y el homérico, respectivamente. Los líderes comunitarios y los abogados contratados por la Iglesia para defender a los favelados son frecuentemente forzados a cambiar de estilo y de sistema de señales de acuerdo con el auditorio relevante frente al cual tengan que argumentar en el momento. El estilo bíblico, usado en las asambleas al interior de las favelas, tiene que ser traducido al estilo homérico cuando se trata de argumentar en el tribunal o en una repartición administrativa. Pero también puede suceder que, en determinados momentos, los dos estilos y sistemas de simbolización se superpongan e interpenetren, como por ejemplo, cuando grupos de moradores de las favelas van a asistir, como «público», al juzgamiento (sic) de un conflicto de tierra y, de repente, comienzan a gritar consignas y a entonar cánticos religiosos en plena sala de audiencias» DE SOUSA SANTOS, B. (1991): «Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho», *Nueva Sociedad*, n. 116, pp. 18-38, p. 31.

Como decíamos, tampoco es este el pluralismo jurídico que ha triunfado en la dogmática del Derecho Administrativo Global, sino un segundo modelo. Para entenderlo, creemos, es necesario presentar el modelo originario, que proviene -como en tantas ocasiones en el fenómeno jurídico global- del Derecho Europeo. Este modelo se denomina específicamente «*pluralismo constitucional*», y aunque tiene expresiones muy variadas, en su acepción genuina haría referencia a las relaciones entre diferentes ordenamientos jurídicos de Estados constitucionales, fundadas en su independencia y su capacidad de autoorganización normativa pero que mantienen ciertas relaciones estables -y no sólo esporádicas- entre sí¹⁵⁴.

Se asume con carácter general que este modelo fue introducido por MACCORMICK para explicar el escenario constitucional europeo posterior a la Sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal de Alemania¹⁵⁵. El problema que preocupa al autor es el estado de la soberanía después de esta sentencia: salvar jurídicamente el proceso de integración europeo implicaría no intentar reconducir el ordenamiento de la Unión a un esquema monista, sino reconocer la vigencia del principio *Kompetenz-Kompetenz* para la interpretación del Derecho por parte de los órganos judiciales (significativamente, los más altos) de los Estados miembros, y de esta manera evitar una contraposición diametral entre un modelo de soberanía estatal frente a un modelo de soberanía de la Unión. Este modelo de soberanía compartida requeriría para comprenderse la operativa conceptual de un pluralismo constitucional.

Como es bien sabido, uno de los argumentos más importantes de la citada sentencia sobre la ratificación por parte de la República Federal de Alemania del Tratado de Maastricht fue su negativa a reconocer, ni al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni a la Unión misma ni ninguna de sus instituciones, la citada *Kompetenz-Kompetenz*, que según una antigua tradición

¹⁵⁴ Sobre el pluralismo constitucional en general vid. BAYÓN MOHÍNO, J.C. (2013): «El constitucionalismo en la esfera pública global», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. XXIX, pp. 57-99, que aporta una perspectiva de conjunto inmejorable: «*Aunque ya desde su puesta en circulación se asociaron diversos significados al término, el modo más habitual de entenderlo es el que consiste en sostener que hay una situación de pluralismo constitucional, cuando coexisten un conjunto de ordenamientos que por una parte son independientes o autónomos, en el sentido de que la constitución de cada uno de ellos no deriva su validez de la de alguno de los demás y por tanto no hay entre los mismos relaciones de supraordenación y subordinación, pero que al mismo tiempo son en algún sentido (no siempre especificado con la precisión deseable) interdependientes, de manera que de un modo u otro «interactúan» o «están interconectados» o «integrados», queriéndose decir con ello que, sin haber una instancia final o suprema de solución de controversias para todo el conjunto, sino tantas como ordenamientos, desde cada uno de ellos se reconoce de algún modo en su propia esfera la pretensión de autoridad de los demás (existiendo por tanto entre los mismos –se dice– una relación no jerárquica, sino «heterárquica» o de complementariedad)*», p. 74. El autor es, en todo caso, bastante crítico con este concepto, lo cual incrementa el interés del análisis para nosotros, precisamente porque somete a examen los diferentes modelos de pluralismo jurídico y su viabilidad.

¹⁵⁵ Para la Sentencia vid. BVerfG. Urteil vom 12. Oktober 1993, Az. 2 BvR 2134, 2159/92. El texto de referencia del autor es MACCORMICK, N. (1995): «The Maastricht-Urteil: Sovereignty now», *European Law Journal*, vol. 1, núm. 2, 259-266. Así lo afirma de nuevo BAYÓN (2013:74).

jurídica del constitucionalismo alemán sería el elemento definitorio de la soberanía¹⁵⁶. Sin embargo, para el autor escocés el Derecho objetivo es un orden normativo institucionalizado, donde es cierto que una vertiente vincula a las instituciones a las normas que les atribuyen competencia, pero por otra parte también habría que añadir como elemento definitorio del Derecho la función normativa de estas mismas instituciones¹⁵⁷. Siendo esto así, para este autor, la única diferencia entre los sistemas estatales y otros sistemas no-estatales de Derecho (entre los que incluye el Derecho Internacional Público, la Unión Europea y algunos que nosotros consideraríamos globales, como las organizaciones deportivas internacionales) es el poder de coerción que ostentan los primeros¹⁵⁸.

La expansión del modelo del pluralismo constitucional hacia un nivel supranacional es, entonces, obvia. Este es, a grandes rasgos el pluralismo del que se habla en el ámbito del Derecho Administrativo Global, ya sea bajo la denominación de pluralismo jurídico, *legal pluralism* o pluralismo constitucional -que se emplean por lo general sin demasiada pulcritud

¹⁵⁶ LABAND, P. (1900): *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Paris: V. Giard & E. Brière, t. I, p. 111.

¹⁵⁷ «Among the implications of our conception that law is institutional normative order are these: on the one hand, the existence of institutions with powers of law-making or adjudication or law-enforcement depends on norms of competence which are themselves to be regarded as elements of the system; on the other hand, the function of those very institutions is to legislatively determine, or to adjudicate upon and interpret, or to uphold, the very norms that constitute the system. In a sense, the laws make the institutions, and yet at the same time the institutions make the laws. Legal systems in their modern, developed form, exhibit the apparently paradoxical character of being self-referential» (MACCORMICK, 1995:261).

¹⁵⁸ «But state law is not the only kind of law that there is. There is also law between states, international law, and law of organised associations of states such as the EC/EU, law of churches and other religious unions or communities, laws of games and laws of national and international sporting associations. Non-state law has also the characteristic of being institutional normative order, but not that of being physically coercive. At least, such bodies of law are not directly so, though they may become so indirectly, through the action of organs of a state-system», íd.

dogmática¹⁵⁹. Esta idea *teubneriana* del *legal pluralism* como expresión de la normatividad de los *subsistemas* sociales parece estar, por así decirlo -y si lo entendemos bien-, a medio camino entre la propuesta de DE SOUSA y la nuestra: la misma expresión evidencia que, aunque se reconoce la autonomía a estos subsistemas, no dejan de ser inferiores en algún sentido al sistema jurídico estatal. Esta posición de inferioridad no sería, desde luego, jerárquica, pero sí que se sugiere una cierta relación de dependencia que, por otra parte, sería lógica, pues no es admisible la normatividad plena sin la concurrencia de -al menos- la voluntad aquiescente de la máxima voluntad democrática personificada, el Estado constitucional de Derecho.

Sin embargo, existen diferentes líneas dentro de esta misma propuesta. Estas líneas han sido resumidas por BAYÓN en tres grupos. En primer lugar, habla el autor de un «pluralismo desde el punto de vista externo», que consistiría en la mera constatación de que el principio de primacía que rige a efectos de orden interno en cada ordenamiento no es aceptado por los demás¹⁶⁰: sería un juicio emitido por un observador externo sobre una situación fáctica. Este, claramente, no es el modelo que nos interesa a nosotros aquí, porque tiene una función meramente descriptiva. Un segundo modelo nos genera mayor interés. Se ha designado con el nombre de «pluralismo fuerte» o «pluralismo radical», y se fundamenta en la idea de que, en las relaciones entre órganos judiciales de diferentes Estados, el llamado diálogo entre tribunales funciona como un mecanismo de *Realpolitik*. Así, si se admite este modelo, se asume que los órganos judiciales nacionales, en la toma de decisiones, cuando tienen que enfrentarse a un problema jurídico en el que existe un elemento intersistémico, optan por decisiones que

¹⁵⁹ En este sentido, como proponente del *legal pluralism* en el ámbito global vid. TEUBNER, G. (1997b): «'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society», en TEUBNER, G. (ed.), *Global Law Without State*, Dartmouth: Dartmouth Publishing Co Ltd, pp. 3-29 y TEUBNER, G. (2004): «Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?», en LADEUR, K.H. (ed.), *Globalization and Public Governance*, Ashgate: Aldershot, pp. 71-87. Afirma el autor en este segundo texto sobre el pluralismo, que este concepto nos permitiría comprender las dinámicas de los subsistemas propios de una sociedad civil dinámica: «*The realistic candidate for a dynamic civil society is pluralism of autonomous global social subsystems. This is the point where theories on "global culture" and on global civil society, drawing attention to a plurality of global institutions between the economy and politics, converge with systems-theory analyses of the polycontextural world society*», p. 82. KINGSBURY, sin embargo, es crítico con su concepción del *legal pluralism*: «*Identification of law (including decentralized heterarchical law, not just state law) should be a matter of code, not function. It would be wrong to collapse into 'law' every kind of social constraint such as global commercial customs, organizational routines of MNEs, or negotiating constraints. However, the test of validity Teubner proposes for this kind of governance is simply one of social coding: legal pluralism is 'a multiplicity of diverse communicative processes in a given social field that observe social action under the binary code of legal/illegal'. This is a formal view, which has the great merit of not reducing law merely to function. As he points out, law cannot simply be any arrangement of norms that perform such functions as social control, conflict resolution, coordination of behaviour, shaping expectations, accumulation of power, private regulation, or disciplining and punishing bodies and souls. However, rejection of the relevance of such functional criteria limits the bases on which any content criteria for valid law might be generated. This is a major problem in the absence of a unified and adequate system of authoritative sources, an absence that is probably unavoidable given his assumption of pluralism of normative discourse and networks. Teubner recognizes that the ability of diffuse global governance sub-systems to identify legal norms, or authoritative deciders, is weak*» (2009:54). La cita de TEUBNER que incluye el autor es de los textos anteriores.

¹⁶⁰ BAYÓN (2013:79).

-aunque obviamente jurídicamente justificadas- son en su contexto de descubrimiento «salomónicas» de manera que los jueces optan por ejercer plenamente su jurisdicción o aceptan una cierta deferencia (en el sentido de *comity* que veremos más abajo) hacia los tribunales extranjeros o internacionales según se presenta la situación en concreto. Este modelo, evidentemente, supone reconocer una amplia discrecionalidad judicial¹⁶¹.

Este modelo del pluralismo radical ha merecido un examen detallado por parte de KRISCH¹⁶². El autor está muy especialmente interesado en explicar por qué muchos autores temen el pluralismo jurídico radical, y optan por fórmulas de pluralismo constitucional más moderadas (y con nombres menos agresivos, tales como constitucionalismo cosmopolita¹⁶³). El autor, sin embargo, encuentra ventajas al modelo, principalmente, porque implica una cierta apertura, una suerte de «válvula de escape» respecto del constitucionalismo rígido¹⁶⁴.

Por último, un modelo intermedio sería el «pluralismo interno», o «interpretativo» u «ordenado», que se fundaría en la regla de reconocimiento hartiana y supondría la asunción por parte del observador interno de una regla de reconocimiento compleja que admitiría cierta flexibilidad, para permitir la aplicación del Derecho válido de diferentes ordenamientos (por ejemplo, el interno y el europeo) pero siendo el reconocimiento de tal norma de reconocimiento compleja siempre una cuestión de hecho (como corresponde a los

¹⁶¹ Íd., 83-84.

¹⁶² KRISCH, N. (2011): «Who is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space», *Ratio Juris*, vol. 24, núm. 4 December 2011, pp. 386-412; vid. también KRISCH, N. (2006): «The Pluralism of Global Administrative Law», *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1 pp. 247-278.

¹⁶³ Este es el modelo de KUMM, M. (2009): «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State», en DUNOFF, J.L., TRACHTMAN, J. (eds.) (2009): *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, pp. 263-264, bastante más suave que el de MACCORMICK en su formulación original, y que se plantea la resolución de conflictos como proyecto a través de la universalización de los principios jurídico-públicos como el *due process* o la subsidiariedad.

¹⁶⁴ «In some sense, though, radical pluralism may present a hybrid between different forms—hierarchy and network—that might help to steer clear of certain obstacles. Radical pluralism allows for hierarchical structures within regimes, yet it denies them ultimate supremacy, and thus navigates between routine hierarchies and exceptional disruptions, to be solved eventually only through consensual forms. This interplay can be observed in many instances of pluralism, most prominently in the general acceptance, coupled with warning shots, of EU law by national constitutional courts», KRISCH (2011:400).

planteamientos hartianos en los que se fundamenta la propuesta)¹⁶⁵. Se ha dicho también que, frente al modelo radical o sistemático, que carece de un patrón constitucional interpretativo, el pluralismo interno cuenta con los principios constitucionales como punto de referencia¹⁶⁶.

Seguramente, la conclusión más adecuada a todo este debate pasa por reconocer que el pluralismo jurídico es explicable en dos vertientes. En términos generales, cuando -en el contexto del presente trabajo- hablamos de pluralismo hablamos de lo que propiamente se conoce como pluralismo radical. Pero esto no significa que tal radicalidad sea una condena del Derecho Administrativo Global: éste sólo es una realidad pluralista *a priori*. Esta situación inicial no puede resolverse desde las propias estructuras jurídicas globales, pero sí se resolverá con estructuras estatales. Esto implicará que el pluralismo fáctico, radical o de *realpolitik* se reconducirá en primer lugar a un dualismo, en el que las normas supranacionales son concebidas como normas de conducta dirigidas a los sujetos privados que, según nuestro esquema, las hayan recibido como aplicables a sí mismos; y, por otra parte, los principios constitucionales estatales serán normas de control de la actividad de aquéllos¹⁶⁷. Pero como todo sistema requiere tanto de normas de conducta -dirigidas a los particulares, a la Administración, a los jueces- como de normas de control, ambas -la norma supranacional y la norma constitucional de control interna- deben reconducirse a la superación de este dualismo en el monismo del sistema al que debe dirigirse el Derecho Global, cosa que se produce cuando la norma supranacional, ya sometida a control, es admitida dentro del ordenamiento jurídico estatal para su aplicación *ad casum*. De esta forma, el pluralismo se ha reconducido a un dualismo, y el dualismo a un monismo sistemático, el del Estado constitucional de Derecho.

¹⁶⁵ BAYÓN (2013:86), donde el autor explica esta propuesta en los siguientes términos: «Pues bien, la idea de pluralismo interno o pluralismo ordenado se refiere a la aceptación de una regla de reconocimiento compleja –justificada por un conjunto igualmente complejo de principios de moralidad política relativos al modo en que deber.a estar distribuida la autoridad legítima en la esfera pública global– que implicar.a, caso de ser aceptada por el juez que deriva su competencia de un ordenamiento determinado, una forma característica de apertura por su parte hacia otros ordenamientos concurrentes. De apertura, en el sentido de que implicar.a aceptar como .regla de colisión. un balance de principios que determinar.an en cada caso si se debe hacer prevalecer la solución que deriva del ordenamiento propio o se debe mostrar deferencia hacia la que resulta de otro. Y donde lo decisivo, nótese bien, ser.a que esa opción no se resolver.a ad hoc, en los términos pragmáticos, estratégicos o, si se quiere, oportunistas del pluralismo radical, sino a la luz de un esquema coherente de principios generales».

¹⁶⁶ «Interpretive pluralism operates with respect to a common point of reference—constitutional norms that form a background framework and lay the ground for arguments about authority—while in systemic pluralism such a common point of reference within the legal or institutional structure is lacking» (KRISCH, 2011:389).

¹⁶⁷ Para la distinción fundamental -y ya indispensable en el Derecho público- entre normas de conducta y normas de control, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2015): «Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial», *InDret*, 1/2015. Analizaremos en profundidad esta distinción más adelante.

§ Capítulo 2. La teoría del Derecho y el discurso metodológico ante las normas privadas supranacionales

I. La metodología en el Derecho Global

Desde una perspectiva de análisis del Derecho como teoría¹⁶⁸ (o como ciencia, si se asume esta polémica categorización, particularmente cara a la academia germánica) parece claro que el *ius* supera el ámbito de la norma escrita, válida y aplicable y sus técnicas de interpretación, y a lo sumo, el sometimiento de raíz realista a la voluntad del Juez, creador de Derecho objetivo *de facto*. En el presente trabajo nos separamos de esta concepción del Derecho, por juzgarla insuficiente para explicar las relaciones jurídicas de Derecho Global. El Derecho es fundamentalmente juridificación de ideas filosóficas y políticas subyacentes, y también es, al fin y al cabo, un concepto, y por tanto una abstracción, aunque como dijera

¹⁶⁸ Para una bibliografía específica de la metodología en el Derecho Global y de las normas internacionales y supranacionales (desde muy diversos puntos de vista), vid. TEUBNER, G. (1997a); NAGEL, T. (2005): «The problem on Global Justice», *Philosophy and Public Affairs*, v. 33, n. 2, pp. 113-147; KOHEN, M.G. (2002): «Europe and the Standardization of the Law: Past and Present», en KIERZSKOWSKI, H. (2002): *Europe and Globalization*, Londres: Palgrave Macmillan, pp. 87-103; CIURO CALDANI, M.A. (2006): «Filosofía y sistema del Derecho de la Integración (El complejo problemático del Derecho de la Integración. Hacia la autonomía científica del Derecho de la Integración)», *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n. 29, pp. 27-48; BELLOSO MARTÍN, N. (2013): «Algunos efectos perversos de la globalización: las empresas multinacionales y el deber de respeto de los estándares mínimos internacionales de Derechos Humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 28, pp. 1-31 (obviamente, en un tono crítico); HAGUE, J. (2003): «Legal Reasoning and Legal Integration», *Mj*, n. 10, 1, pp. 67-97; GARCÍA INDA, A. (2001): «Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad», *Doxa*, n. 24, pp. 1-39; COLOMER MARTÍN-CALERO, J.L. (2001): «Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal», *Doxa*, n. 24, pp. 251-296; RODRÍGUEZ, J.L. y VICENTE, D.E. (2009): «Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional», *Doxa*, n. 32, pp. 177-204; ZOLO, D. (2007): «Para una filosofía moderna y realista del derecho internacional», *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, Disponible en https://www.juragentium.org/topics/thil/es/zolo.htm#*; RUIZ MIGUEL, A. (2008): «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita», *Doxa*, n. 31, pp. 355-368; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (2009): «Justicia global y justicia legal: ¿tenemos derecho a un mundo justo?», *Doxa*, n. 32, pp. 341-374; TURÉGANO MANSILLA, I. (2001): «La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls», *Doxa*, n. 24, pp. 319-348; NEVES, M. (2001): «Justicia y diferencia en una sociedad global compleja», *Doxa*, n. 24, pp. 349-378; BIX, B. (2003): «Algunas reflexiones sobre metodología en Teoría del Derecho», *Doxa*, n. 26, pp. 609-633; DE JULIOS CAMPUZANO, A. (2004): «Culturas jurídicas y Globalización: Presupuestos metodológicos de un Derecho cosmopolita», *Derechos y Libertades*, n. 13, pp. 217-239; COURTIS, C. (ed.) (2016): *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid: Trotta; FERRAJOLI, L. (2011): *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, tomo I, Madrid: Trotta; MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M. (2004): *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons; PRIETO SANCHÍS, L. (2016): *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid: Trotta; GARCÍA AMADO, J.A. (1987): «Tópica, Derecho y Método Jurídico», *Doxa*, n. 4, pp. 161-188; GARCÍA AMADO, J.A. (1985): «Teorías del Sistema Jurídico y concepto de Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 2, pp. 297-316; CIVITARESE MATEUCCI, S. (2014): «Some remarks on methodology in legal studies in the light of the challenges that globalization poses to legal doctrine», *Revista Catalana de Dret Public*, n. 48, pp. 119-134; HABA, E. P. (2007): «Sobre “observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica de Christian Courtis», *Isonomía*, n. 27, pp. 205-213; ROSSI, G. (2004): «Método jurídico y Derecho Administrativo: la investigación de conceptos jurídicos elementales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 21, pp. 9-21; VON BOGDANDY, A. (2009): «The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe», *I • CON*, Volume 7, Number 3, pp. 364 – 400. Como obras generales, no podemos dejar de citar a CANARIS, C.W. (1995): *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Madrid: Civitas, LARENZ y CANARIS (1995:11) y otras tantas que iremos citando a lo largo del trabajo.

KANT, en expresión tantas veces repetida, todavía buscan los juristas una definición de su concepto de Derecho¹⁶⁹. Formación de conceptos y tipos son claves de la metodología jurídica a las que dedicaremos un epígrafe específico inmediatamente. Pues bien, fundamental para estudiar las normas privadas supranacionales va a resultar la cuestión del método. Hace falta, primero, algún apunte sobre el método en general, y en el Derecho público en particular. El presente trabajo, en el que ocupa un lugar clave el estudio de las relaciones entre norma y sistema, es en cierto modo un trabajo limítrofe entre una análisis teórico y práctico de las normas privadas supranacionales.

La metodología jurídica no sólo se ha estudiado en sede de la Teoría del Derecho, sino que también ha recibido una importante atención en el Derecho público. En el Derecho moderno, un trabajo jurídico-público pulcro debe siempre partir de un análisis metodológico, y más aún después de la atención específica que la metodología ha recibido entre los iuspublicistas, fundamentalmente los alemanes, siguiendo una importante tradición que se remonta a OTTO MAYER¹⁷⁰. Incluso se ha afirmado ya la recepción del Derecho público supraestatal por parte del Derecho interno (por lo general, con referencia al Derecho Europeo) la división entre teoría general del Derecho administrativo y sectores de referencia, siendo la primera una abstracción de las reglas de los segundos (pero sin que el estudio de éstos deje de ser fundamental para tener una visión completa del fenómeno jurídico), las novedades en lo que respecta a la relación entre ciudadano y Administración, la naturaleza y tipos de la legitimidad del poder público, entre otros principios¹⁷¹, así como la teoría de las relaciones jurídicas administrativas (que pone el foco de su análisis en los procesos en los que se desarrolla esa relación, y no en los resultados de los procesos mismos)¹⁷², por citar sólo algunas de especial relevancia para la dogmática que construiremos en las normas privadas supranacionales.

En el caso de España, el referente de este proceso de recepción del método ha sido GALLEGU ANABITARTE, especialmente con una serie de trabajos en los que trató de

¹⁶⁹ KANT, I. (2005): *Metaphysische Anfangsgründe des Rechtslehre/Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, ed bilingüe Alemán-Italiano de F. GONNELLI, Bari: Laterza, pp. 50-52. Igualmente, vid. MAYER, M.E. (2015): *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires: B de f, pág. 120; GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, A. (1946): *El problema del Derecho y la vocación jurídica de nuestro tiempo*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pág. 66 y ss., y CASTÁN (1986:68).

¹⁷⁰ Vid. MAYER, O. (1896 y 1906).

¹⁷¹ SCHMIDT-ASSMANN (2003:9, 12, 18 y 102 respectivamente).

¹⁷² SCHMIDT-ASSMANN (2004:301 y 2003:312).

recoger el discurso del método en el Derecho alemán del siglo XX¹⁷³. Fundamental es la distinción entre pensamiento investigador y pensamiento dogmático, dualidad que es fenómeno genuino del Derecho, y que determina cualquier razonamiento jurídico que podamos aspirar a construir¹⁷⁴. En el resto de Europa, la metodología dogmática específicamente aplicada al Derecho Público Global ha entrado con fuerza. En Italia no sólo se ha recibido la dogmática jurídico-pública, sino la metodología del Derecho Administrativo Global mismo. En primer lugar, la transnacionalidad del fenómeno jurídico había sido ya puesta de relieve desde el constitucionalismo. Por poner sólo un ejemplo reciente, VERGOTTINI, al analizar la jurisprudencia de los más dispares Tribunales Constitucionales, encuentra un auténtico diálogo entre Tribunales¹⁷⁵. Más extraordinario incluso, en su manual más reciente, CASSESE habla ya del Derecho Global como un nivel del propio Derecho administrativo, reconocido con normalidad¹⁷⁶. Además, y esto es seguramente lo más sorprendente, construye un concepto de Derecho administrativo como Derecho mixto, en la medida en que confluyen en él la aplicación de normas de Derecho público con otras de Derecho privado. Cae entonces el mito del Derecho administrativo como un Derecho genuinamente público, como demuestra la aplicación del Derecho privado a la Administración y del Derecho público a entidades privadas que ejercen potestades públicas.

En lo que respecta al método histórico, podría parecer que no resulta de gran utilidad para el análisis de un fenómeno jurídico contemporáneo como el Derecho Global, si bien es cierto

¹⁷³ Así en GALLEGU ANABITARTE GALLEGU ANABITARTE, A. (1971b): *Ley y Reglamento en el Derecho Público occidental*. Madrid: IEA, GALLEGU ANABITARTE, A. (1971c): *Derecho General de Organización*, Madrid: ENAP, pp. 58 y ss., GALLEGU ANABITARTE, A. (1992). *Constitución y personalidad jurídica del Estado*. Madrid: Tecnos y con carácter general en GALLEGU ANABITARTE, A. (1996): «La discusión sobre el método en Derecho público durante la República de Weimar (Ciencias del espíritu y método jurídico)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 46.

¹⁷⁴ Vid. GALLEGU ANABITARTE (1996:12). Ahora bien, aunque el pensamiento investigador se identifique generalmente con la Filosofía (del Derecho o no), lo cierto es que el método dogmático también es de elaboración filosófica, de manera que a la Filosofía del Derecho incumben ambos, mientras que el Derecho positivo suele verse limitado al método dogmático, salvo excepciones puntuales. Tal asunción constituye un *prius* lógico partir de estos trabajos para construir el discurso del método específicamente en las normas privadas supranacionales.

¹⁷⁵ DE VERGOTTINI, G. (2010): *Más allá del diálogo entre Tribunales*, Madrid: Civitas. Tal diálogo entre tribunales se produce normalmente entre los Tribunales Supremos estatales y los Tribunales Internacionales de Tratados a los que éstos Estados están adheridos (TJUE, TEDH, CIDH) pero no tanto entre los Tribunales nacionales. Pero más allá de la decepción parcial en el resultado, queda afirmado el efecto de la desterritorialización del Derecho, con un predominio progresivo del nivel supranacional

¹⁷⁶ CASSESE (2015:3). Es decir, el Derecho administrativo sería un Derecho multinivel, territorialmente hablando integrado por un nivel estatal, que es el tradicional, desbordado por por abajo por la desterritorialización interna basada en la autonomía política o descentralización de las regiones y las garantías institucionales de las Entidades Locales, y superada desde fuera por los varios niveles de desterritorialización supranacional, singularmente el Derecho Europeo y el Derecho Global. Vid. especialmente pp. 1-28.

que podría servirnos fundamentalmente para identificar las quiebras que este nuevo cuerpo jurídico provoca en los conceptos más arraigados del Derecho Público, y en tal sentido hemos hecho referencia ya a algunos antecedentes históricos. No hay que olvidar que el tema propuesto se plantea so contexto de la desterritorialización del Derecho público en general y administrativo en particular¹⁷⁷. El Derecho público se ha fundamentado tradicionalmente en el principio de territorialidad. En la actualidad, aunque este principio se mantiene en una posición prominente, es insuficiente para explicar todas las relaciones que generan las normas jurídico-públicas. El fenómeno de aplicación de normas regulatorias de ciertos sectores en las que no está clara la distinción entre Derecho público y Derecho privado, que podrían ser a veces calificadas como de *soft law*, o incluso que han sido generadas por organismos o asociaciones internacionales de naturaleza puramente privada, tal y como venimos describiendo, y que conocemos como hibridación, es probablemente la mayor consecuencia de la desterritorialización¹⁷⁸.

Hay que hacer también mención a otro método, el Derecho comparado¹⁷⁹. Efectivamente, en la medida en que gran parte el Derecho Administrativo Internacional y Global descubren conflictos de normas tanto de Derecho público de diferentes Estados como supranacionales o estatales, ha resultado útil analizar qué visión de estos problemas tienen dos ordenamientos de

¹⁷⁷ Sobre este particular vid. AGUDO GONZÁLEZ, J. (2018b): «La superación del paradigma territorial y sus efectos en el Derecho Administrativo. Bases normativas del Derecho Administrativo transnacional», *Revista de Derecho Político*, n. 103, pp. 155-191.

¹⁷⁸ Sobre el debate del *soft law* hablamos más abajo. En todo caso, en la doctrina española vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2006): «La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law», *Cuadernos de Derecho Público*, 28, 221-266, y (2008): *El "soft law" administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid: Civitas.

¹⁷⁹ El Derecho comparado como método de estudio del Derecho Global ha sido examinado, y con fruto, por DE LA SIERRA MORÓN, S. (2016): «Límites y utilidades del Derecho Comparado en el Derecho Público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera», *Revista de Administración Pública*, núm. 201, septiembre-diciembre, pp. 69-99, pp. 84 y ss. Entre los muchos aciertos que observamos en este trabajo (cariz económico del Derecho Administrativo Global, sector financiero -mención especial hecha del Comité de Basilea- como referente, subrayado de la cuestión lingüística y metodología comparada para su construcción jurídica) destacaríamos el concepto de *accountability*, familiar al Derecho Administrativo anglosajón (tampoco exactamente igual en el Derecho norteamericano que en el inglés) pero más lejano para el jurista centroeuropeo. Tal vez con cierto sigilo, nosotros hemos seguido también esa vertiente del Derecho Global como un concepto jurídico cuyo contenido esencial sería la *accountability*, y que muy laxamente traduciríamos por control, aprovechando la polisemia intrínseca a este concepto. Así, puede parecer que estamos construyendo un Derecho Global como fenómeno jurídico normativo, y esta conclusión la apoyarían características como la supranacionalidad o la hibridación. Sin embargo, más allá de la mera descripción normativa creemos que la esencia del Derecho Global debe encontrarse sobre todo a través del control, y son manifestaciones inequívocas del control el carácter tópico y recepticio de las normas supranacionales, porque permiten que el poder del ciudadano corporativo sea sometido a control por el propio sujeto obligado (en el segundo caso) y por el Juez ordinario (en el primero). De ahí que nuestro modelo de *accountability* del Derecho Global sea en gran medida tributario del modelo de *Judicial Review* del Derecho Administrativo Inglés, cuyos grandes teóricos contemporáneos han sido sin lugar a dudas WADE, W. & FORSYTH, (2011): *Administrative Law*, Oxford: OUP.

referencia: el Derecho norteamericano, que denomina esta disciplina como Derecho Administrativo Global, y el Derecho alemán, que la denomina Derecho Administrativo Internacional. Del primero nos interesaba su flexibilidad y adaptabilidad, especialmente al contexto económico; del segundo, la solidez conceptual con la que aborda la evolución del derecho. A ellos hemos añadido un análisis de las doctrinas italiana y española en la materia, para dar una visión completa del Derecho Público Global, tal y como se entiende en la actualidad, como necesario punto de partida de un estudio sobre las normas privadas supranacionales. También es comparado el análisis intersistémico: el desarrollo de técnicas en otras ramas del Derecho (Internacional Público, Internacional Privado, Derecho Europeo) nos permitirá tanto diferenciar el Derecho Global como tomar técnicas procedentes de aquéllos. Estos niveles de análisis intersistémico nos interesarán más adelante, a cuenta de la recepción objetiva y el procedimiento de legitimación.

Por otro lado, y en atención a la importancia que va a tener en el presente trabajo, hay que prevenirse igualmente frente a la reducción del método jurídico al análisis económico, que podría encerrar un cierto complejo de un cierto sector jurídico orientado a la «práctica» respecto de las ciencias económicas y empresariales, y para el que cualquier consideración no económica del Derecho puede suponer un estorbo para los fines de la actividad de los sujetos obligados por la norma¹⁸⁰. Desde un punto de vista jurídico, su primacía como método puede llegar a acabar con el método jurídico mismo, pues al fin y al cabo, el análisis económico aplica un método de origen extraño al propio Derecho y su dogmática¹⁸¹.

La dogmática tradicional, sin embargo, debe poner límites claros a estos métodos de análisis externos, tanto al predominio contemporáneo de las ciencias y la tecnología en el contenido de las normas, como a su aplicación economicista, pero siempre sin llegar a impedir

¹⁸⁰ A esta materia prestamos detenida atención más abajo. En realidad, el carácter económico del Derecho va a interesarnos mucho en el presente trabajo, porque se alinea perfectamente con la finalidad de muchas normas privadas supranacionales. Pero esto no debe llevarnos a engaño: ni el análisis económico es el único adecuado para ser aplicado a las normas privadas supranacionales, ni es la solución a los males del contemporáneo Estado de Derecho (ya se califique económicamente a éste como liberal o social, o de otra forma). Al contrario: desde un punto de vista político, el análisis económico del Derecho, aplicado por sí sólo, puede corregir o no, o lo que es peor, puede de hecho potenciar los fallos presentes en el sistema y que el Derecho aspira a corregir.

¹⁸¹ De esta forma, emplear el análisis económico en la ponderación entre derechos fundamentales, por ejemplo, implica sencillamente introducir un elemento ajeno a la dogmática de los derechos y por tanto la misma ponderación se desvirtúa: ya no vamos a elegir qué derecho debe primar sobre el otro, sino qué efecto económico queremos conseguir con dicha ponderación. Este es el riesgo que queremos evitar, al separar tajantemente un control jurídico de la norma supranacional en una primera fase de su procedimiento de legitimación, en el que no cabe el análisis económico, y un sistema de resolución de conflictos con las normas internas en una segunda fase, en el que sí cabría, y de hecho sería el método predilecto.

totalmente su utilización. Ni los criterios de la norma científicamente más provechosa, ni el de la técnicamente más eficaz, ni el de la económicamente más eficiente, pueden imponerse sobre la búsqueda y protección de la Justicia y los derechos humanos. Los tres rasgos que ULPIANO encontró en su definición de Derecho objetivo, *suum cuique tribuere, neminem laedere et honeste vivere*, deben erigirse entonces en axiomas tanto de la academia como de la dogmática jurídica, y también de la jurisprudencia.

II. La formación de los conceptos

1. Planteamiento general

Dentro de la metodología jurídica, el instrumento más clásico y consolidado es, sin duda, la formación de conceptos dogmáticos. El Derecho moderno, tal y como lo entendemos dogmáticamente, es un sistema de conceptos abstractos¹⁸². Sin ánimo de negar los precedentes clásicos de tal método (en la filosofía griega principalmente, y posiblemente en sus sucesoras romana y árabe) sin duda la teoría del concepto tal y como la conocemos viene ligada al nacimiento del esencialismo en el siglo XVII y sobre ella la tradición metafísica europea ha construido nuevas categorías¹⁸³. En la teoría general de los conceptos no podemos detenernos ahora, ni siquiera en su vertiente jurídica¹⁸⁴. Lo importante es subrayar que, aún

¹⁸² LARENZ y CANARIS (1995:263), RÜTHERS, B., FISCHER, C. Y BIRK, A. (2013): *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Munich: C.H. Beck, p. 103 y REIMER, F. (2016): *Juristische Methodenlehre*, Baden-Baden: Nomos, así como -por traer un tipo de concepto al que se ha asociado el Derecho Administrativo Global, como hemos visto ya- BAER, S. (2004): «Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnisstittel und ihr Verhältniss zur Rechtsdogmatik», en SCHMIDT-ABMANN, E. y HOFFMANN-RIEM, W. (Coords.) (2004): *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, p. 225. Ahora bien, en nuestra doctrina, existe un trabajo de referencia que ya hemos mencionado, Díez Sastre, S. (2018), precedido además por el artículo Díez Sastre, S. (2015): «La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31.

¹⁸³ Un ejemplo en la teoría jurídica de esta profundización categorial es la importante distinción hegeliana entre conceptos abstractos y concretos generales, que ha sido defendida durante largo tiempo por LARENZ y CANARIS (1995:286).

¹⁸⁴ En el Derecho español, la doctrina de los conceptos dogmáticos está magníficamente representada por Díez Sastre (2015, 2018) quien ha incorporado los avances de la metodología alemana al Derecho español, y ha pretendido elaborar una propuesta sobre la formación de conceptos en la metodología jurídica contemporánea, con perspectiva de apertura a la funcionalidad de aquéllos (Díez Sastre, 2015:116).

cuando se adopte un análisis funcional, en ningún caso la ciencia -ni jurídica ni ninguna otra- puede renunciar ni a la construcción conceptual ni a la sistemática¹⁸⁵.

Descendiendo un nivel, el estudio de los conceptos jurídicos emplea una serie de clasificaciones, de entre las cuales destaca aquella que distingue entre conceptos descriptivos y normativos. Con esta distinción, sin embargo, hay que ser cautelosos. La expresión conceptos *descriptivos* se puede entender como sinónimo de conceptos científicos y metafísicos, como aquellos que existen en la realidad externa al observador¹⁸⁶. Pero entonces, cabe preguntarse qué describen los conceptos metafísicos. ¿Es la esencia que *subyace* a las cosas, o es un hecho social -en cuyo caso estaríamos hablando de una institución jurídica-? En este último caso el concepto no puede considerarse verdadero o falso en un sentido esencialista, sino simplemente ajustado o no a la realidad percibida, y por tanto verdadero o falso sólo en virtud de un juicio empírico¹⁸⁷. Como es bien sabido, la primera aproximación es la del esencialismo, cuyo nacimiento viene vinculado al nacimiento a su vez de la ontología, y cuyo gran referente histórico es -seguramente con el sólo precedente de IBN SINA (AVICENA)-, precisamente, Francisco SUÁREZ S.J., particularmente a través de sus justamente célebres *Disputationes Metaphysicae* de 1597, sus comentarios a la Metafísica de ARISTÓTELES que fueron libro de texto de referencia en toda Europa en esta materia durante el siglo XVII y

¹⁸⁵ Renunciar a ambos axiomas metodológicos es una tentación constante especialmente en el ámbito del Derecho Global, como venimos viendo. Precisamente, nuestro objetivo es formular propuestas para reconducir el fenómeno hacia el concepto y el sistema -sin que esto implique defender, naturalmente, los modelos más rígidos de sistema conceptual, como podría ser el clásico puchiano- como tarea irrenunciable de toda ciencia -incluida, naturalmente, la jurídica-. La idea fundamental del *trabajo del concepto* proviene de HEGEL, G.W.F. (1909): *Phänomenologie des Geistes*, Leipzig: Fritz Eckardt Verlag, pp. 302-303. Ante la ya larga trayectoria de crítica al concepto y al sistema, muchas han sido las reacciones -desde posiciones muy diferentes- en defensa de esta tradición. Entre las más célebres -y con independencia del juicio que merezca esta más que sugerente obra-, se encuentra la de HORKHEIMER, M. y ADORNO, T.W. (2016): *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid: Trotta, p. 54: «La falsa claridad es sólo otra expresión del mito. Este ha sido siempre oscuro y evidente a la vez, y desde siempre [sic] se ha distinguido por su familiaridad y por eximirse del trabajo del concepto» (trad. de J.J. Sánchez).

¹⁸⁶ Sobre esto vid. Díez Sastre (2018:52). Instituciones sociales jurídicamente relevantes, sobre todo las más antiguas, como la familia, el matrimonio, el patrimonio, y otras muchas, son susceptibles de ser categorizadas en este grupo, sobre todo por contraposición a los llamados conceptos lógicos, que tendrían carácter teleológico, una finalidad que es en último término ordenar de una determinada manera nuestro pensamiento (y, por supuesto, lenguaje). De este segundo tipo serían la mayoría de los conceptos jurídicos o normativos (excluidos los anteriores).

¹⁸⁷ Sin embargo, ambas concepciones no pueden darse a la vez. O bien se asume que a toda *res* subyace una esencia, de la cual el concepto es su descripción lingüística (en cuyo caso habríamos encontrado «la esencia» de la cosa) o bien que toda realidad es fenómeno, cuya percepción depende de la posición del perceptor, y por tanto el concepto ya no es descubrimiento o *aletheia* de la esencia que subyace, sino construcción o formación influida por múltiples factores, como el contexto del preceptor (un planteamiento más apropiado para una concepción institucionalista, para la que estos conceptos serán un producto social e histórico).

parte del XVIII y que influyó decisivamente en los esencialistas alemanes¹⁸⁸. La segunda aproximación, entendemos, es la de la hermenéutica, que viene asociada al existencialismo y, entre otras características, sitúa al observador en el centro del propio ejercicio de

¹⁸⁸ Indudablemente, el representante más sobresaliente y moderno de esta tradición no hay que buscarlo tanto en la filosofía o la teología -aunque su formación y expresión en ambas es evidente- como en la literatura. En efecto, resulta imposible encontrar una defensa de la teoría del concepto ya tan moderna y entusiasta como la de Baltasar GRACIÁN S.J., en su *Arte de Ingenio. Tratado de la Agudeza* de 1642: «*Lo que es para los ojos la hermosura y para los oídos la consonancia, eso es para el entendimiento el concepto*» y «*Resaltan más con unos que con otros los extremos cognoscibles; y el correlato que es realce para uno es lastre para otro. Consiste, pues, este artificio conceptuoso en una primorosa concordancia, en una armónica correlación entre los cognoscibles extremos, expresa por un acto del entendimiento*», vid. GRACIÁN Y MORALES, B. (1960): *Obras Completas*, Madrid: Aguilar, pp. 1166 y 1167, respectivamente (la obra referenciada se encuentra en las páginas 1163-1254; se trata, como es bien sabido, de la obra fundacional de la teoría literaria que soporta el llamado *conceptismo* barroco). Esta idea del concepto como acto de entendimiento que expresa una correspondencia, que se produciría entre dos «*extremos cognoscibles*», a nivel literario se representa muy bien -sin que obviamente estos ejemplos agoten la fenomenología- en algunas figuras retóricas: por ejemplo la contraposición de dos conceptos distintos representados por significantes similares en forma de juego de palabras, que en cierta medida puede identificarse con la dilogía (que sería, en sentido estricto, la repetición de significantes polisémicos con significados diferentes, como en:

«*Cruzados hacen cruzados,/ escudos pintan escudos,/ y tahures, muy desnudos,/ con dados ganan Condados;/ ducados dejan Ducados,/ y coronas Majestad:/ ¡verdad!*»

(letrilla de GÓNGORA Y ARGOTE -tradicionalmente considerado el máximo representante el culteranismo, pero también asociado al conceptismo).

Otro ejemplo, tal vez más familiar al jurista, la antítesis:

«*Es la mujer del hombre lo más bueno,
y locura decir que lo más malo,
su vida suele ser y su regalo,
su muerte suele ser y su veneno.
Cielo a los ojos, cándido y sereno,
que muchas veces al infierno igualo,
por raro al mundo su valor señalo,
por falso al hombre su rigor condeno.
Ella nos da su sangre, ella nos cría,
no ha hecho el cielo cosa más ingrata:
es un ángel, y a veces una arpía.
Quiere, aborrece, trata bien, maltrata,
y es la mujer al fin como sangría,
que a veces da salud, y a veces mata*»

(Soneto de LOPE DE VEGA Y CARPIO. Estos y otros ejemplos pueden encontrarse en LÓPEZ ASENJO, M. (2013): *La poesía barroca: el conceptismo y el culteranismo*, Disponible en: <http://masterlengua.com/la-poesia-barroca/>).

En esta idea del concepto por contraposición se intuye ya la modernidad, pues en ella está ya la dialéctica: seguramente el elemento más importante del conceptismo junto con el tópico del «*minus est magis*» sea esta búsqueda del concepto por correspondencia: el entendimiento puede buscar el significado distinguiendo entre objetos y determinando lo que el concepto *no es*: cruzados y cruzados y escudos y escudos se definen mutuamente al excluirse en la contraposición, y al mismo tiempo se construyen como partes de una realidad mayor a la que pertenecen ambos. Mediante este proceso, se forman los conceptos (o, como dice el autor citado, *se forjan*) («*ármase con reglas un syllogismo, fórjese con ellas un concepto*», p. 1166) Se confirma, por tanto, nuestra tesis del origen y factura barrocos de la teoría del concepto, y no previa (clásica) o posterior (germánica).

comprensión¹⁸⁹. En otro orden de cosas, los conceptos normativos serían a su vez valorativos, en el sentido en que expresan el valor positivo o negativo que el legislador atribuye a una conducta que autoriza, obliga o prohíbe¹⁹⁰.

Superada la etapa de la jurisprudencia de conceptos de SAVIGNY o PUCHTA, que aspiró a construir una «pirámide de conceptos», hace falta distinguir entre el concepto puramente histórico, del concepto dogmático, que es el que mejor responde a la necesidades actuales del Derecho objetivo. De esta forma, el concepto dogmático es un producto de la abstracción de las normas vigentes (y eventualmente, jurisprudencia) y está indisolublemente unido a ellas, siendo su objeto sistematizarlas, procedimiento distinto al del pensar investigador, por recuperar la distinción de GALLEGO, y que debe ser abordada por la Filosofía del Derecho, cuando no por la Filosofía pura¹⁹¹. Ya hemos explicado antes que en el presente trabajo ambos métodos van a convivir, pues aunque predomine el dogmático, por ser éste el propio y característico del estudio del Derecho positivo, no se puede prescindir de reflexiones abstractas. Esta dualidad podrá verse inmediatamente en el primer concepto que vamos a formar seguidamente, pues como decíamos es otro de nuestros presupuestos metodológicos: el concepto de Derecho.

2. El Derecho como concepto definido

Afirmar la existencia de un Derecho Global requiere una reflexión previa, para la que resulta necesario partir de una pregunta radical: a saber, si las normas supranacionales son o no son Derecho. Esta es la cuestión central de la normatividad del Derecho Administrativo

¹⁸⁹ No en vano HEIDEGGER señaló -no hay duda de que con admiración- a SUÁREZ como el hombre a abatir para terminar la etapa ontológica de la metafísica. Tampoco es baladí que, aunque no estrictamente creado por el jesuita granadino, el término mismo *conceptus* en su sentido actual es un latinismo moderno, que se registra con asiduidad en la literatura europea a partir de la década de 1550, pues naturalmente existió en latín clásico como participio de *concip|ĩō, -ēre, concēpĩ, ceptum* (contener, pero también concebir en sentido abstracto), pero no parece que como sustantivo se haya utilizado en sentido figurado hasta J. FIRMICUS MATERNUS, astrólogo y matemático cristiano del siglo IV d.c., y desde luego en su sentido moderno el sustantivo «concepto» a nosotros nos parece genuinamente barroco. Vid. GAFFIOT, F. (2000): *Le Grand Gaffiot, Dictionnaire Latin-Français*, Paris: Hachette, p. 373. Por tanto, parece que está claro su origen vinculado al esencialismo y su difícil traslación a tiempos anteriores, incluso a la misma Grecia Clásica. Sobre esta discusión filosófica vid. entre nosotros (parafraseando el título del anterior) PRIETO LÓPEZ, L. (2013): *Suárez y el destino de la metafísica, De Avicena a Heidegger*, Madrid: BAC.

¹⁹⁰ Así en RÜTHERS *et al.* (2013:119 y ss.).

¹⁹¹ Vid. GALLEGO ANABITARTE, A. (1996).

Global¹⁹². Así, desde análisis estatalistas es habitual que se niegue de plano tal normatividad en absoluto¹⁹³. Sin embargo, un examen crítico más ponderado sugiere que, por un lado, esta normatividad no-estatal tiene unas características que, en cierto modo, son una ventaja¹⁹⁴. Vamos a desarrollar esta cuestión.

Esta pregunta radical sobre la normatividad del Derecho Administrativo Global nos lleva a otra más radical aún, la pregunta sobre la naturaleza del Derecho. La respuesta dependerá, como es natural, de la concepción del Derecho que se defienda. Aquí vamos a buscar la concepción del Derecho que nos permita optar por una propuesta inclusiva de las normas supranacionales.

¹⁹² La cuestión de la normatividad del Derecho en general ha sido profundamente examinada por BAYÓN MOHÍNO, J.C. (1991): *La normatividad del derecho, deber jurídico y razones para la acción*, Madrid: CEPC. En esta obra, el autor introduce la noción fundamental de las normas como razones para la acción. Tal propuesta se fundamenta en la idea de que el problema de la normatividad del Derecho puede ser concebido como la reconciliación entre del Derecho como hecho social descriptible objetivamente (y por tanto, de las normas jurídicas como *puestas*) y la vertiente *práctica* de las acciones humanas en dicha sociedad justificadas con razonamientos que remiten a dichas normas, que se convierten en este aspecto, como decíamos, en razones para la acción. No es este el lugar para examinar esta compleja teoría. Baste con señalar la aparente conexión entre la idea de las normas jurídicas como razones para la acción y la noción de normas de conducta (contrapuestas a normas de control). En fin, en este aspecto, es claro que podemos calificar a las normas privadas internacionales del Derecho Administrativo Global como normas de conducta, por un lado, y como razones para la acción de los sujetos que se rigen por ellas, por otro. De esta forma, parece ya difícil cuestionar la normatividad de estas normas no estatales.

¹⁹³ Por ejemplo, entre nosotros, LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017): «El papel de la regulación en la llamada economía colaborativa», *Revista de Estudios Europeos*, n. 70, julio-diciembre, 2017, 159-178, cuya reflexión examinaremos más abajo.

¹⁹⁴ A propósito, TEUBNER (1997b:19), ha dicho, tomando como referencia la *lex mercatoria*, que el hecho de que el Derecho Global no tenga, *a priori*, las características propias de un ordenamiento jurídico definido, no es en sí mismo una desventaja, sino el producto de la voluntad expresada por sus mismos actores: «*In measuring the lex mercatoria against the standards of national legal orders it would be a grave error to describe the differences as “deficiencies” inherent in lex mercatoria and conclude that it is of a not-yet-developed legal order on the global scale [...] The asymmetries of a weak institutional centre which depend on a strong economic periphery are not a merely transitory matter. They are due to their global environment - that is, due to globalized markets and enterprises with a global reach on the one side and on regional politics with international relations on the other. Thus it can be anticipated that a global economic law discourse will find a dynamic stability of its own and will develop “eigenvalues” which must be understood in their own right*». En fin, parece claro que, dogmáticamente, el fenómeno debe ser categorizado, y aunque será habitual que se intente reconducir el fenómeno global a los esquemas estatales, o incluso aunque se niegue directamente su juridicidad, nosotros consideramos que lo adecuado es buscar la formación de conceptos y categorías adecuados para comprenderlo, además de buscar mecanismos en el Derecho vigente para permitir su aplicación bajo el control de los órganos jurisdiccionales.

La cuestión ahora estriba en qué necesitan las normas para ser «jurídicas»¹⁹⁵. Para las doctrinas predominantes, sólo serán normas jurídicas las que integren un ordenamiento jurídico, es decir, las que sean Derecho objetivo. Por eso una definición más sutil de esta misma corriente afirmaría que el Derecho objetivo es un conjunto «ordenado» de normas. Ahora no importa ordenado cómo, importa sólo que es ordenado. Ahora bien, un Derecho objetivo como conjunto de normas ordenadas tampoco es ontológicamente necesario. Es un contingente, cuya existencia habría que demostrar (o mejor aún, construir).

Las teorías sobre la juridicidad de las normas han variado. Entre las más conocidas, la positivista del siglo XX, representada por Kelsen o Nawiasky, residencia la juridicidad de las normas en su coactividad. Sin embargo, la coactividad de las normas supranacionales ya ha sido desmitificada: podría existir, pero en ningún caso es esencial, hasta tal punto que estas normas son calificadas como «derecho blando» (*soft law*). Su eficacia podría ser un buen argumento de defensa, pero presenta el fuerte escollo de que la eficacia sólo puede comprobarse *ex post* (una vez que se aplica la norma) y desde luego la cualidad de jurídicas de estas normas debe existir *ex ante* o *a priori*. No se puede declamar la pertenencia a un sistema de una norma sólo una vez que ésta ha sido aplicada, esto debe suceder antes.

Por otra parte, los diferentes realismos jurídicos, muy influidos por la sociología jurídica, han confiado la juridicidad de las normas a su eficacia en la sociedad (el escandinavo) o en su aplicación judicial (el americano). Ninguna de estas teorías satisface la justificación de la

¹⁹⁵ «Todo Derecho consiste en normas que prescriben un comportamiento externo, ya consista en un hacer o un omitir -incluyendo este segundo un soportar (omitir la reacción). Así se distinguen las normas del Derecho de las que imponen un comportamiento interno, tales como las de la Religión y la Moral» (Nawiasky, H. (1941): *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, Köln: Verlagsanstalt Benziger & Co. AG. [traducción española en Nawiasky, H. (2002): *Teoría General del Derecho*, Granada: Ed. Comares], y de esta traducción vid. p. 30, «La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo. un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres» (Kelsen (2009:21). No compartimos aquí el requisito de la coactividad como esencial, tal y como propone éste último autor, así en Kelsen (1979:52): «Si la coacción en el sentido aquí definido es un elemento esencial al Derecho, entonces las normas que forman un orden jurídico tienen que ser normas que establezcan actos coercitivos, es decir: sanciones». En el mismo sentido otro positivista de su época, el ya citado Nawiasky (2002:31): «la norma jurídica es una norma coactivamente equipada». La propia realidad de las normas supranacionales desmiente esta afirmación, pues gran parte de las normas supranacionales carece de auténtica fuerza coactiva directa, ni tienen las instituciones de las que emanan instrumentos de coacción equivalentes a los del Estado (aunque pueden tenerlos). Sí que es más común que estas instituciones supranacionales puedan presionar de una forma u otra a los destinatarios de las normas con consecuencias por el incumplimiento de sus normas, en cuyo caso habrá que categorizar esta «fuerza de hecho» como una auténtica función jurídico-pública y someterla a la regulación y control que proceda. En lo que importa ahora, las normas supranacionales no son normalmente normas coactivas, ni siquiera van acompañadas necesariamente de un aparato coactivo institucionalizado (aunque pueden estarlo, como en el caso de los Reglamentos deportivos).

juridicidad de las normas supranacionales que necesitamos aquí, pero no hay que minusvalorar la importancia de las teorías realistas o sociológicas aplicadas al Derecho Global. Efectivamente, un examen realista de la eficacia social de las normas jurídicas puede servir de punto de partida para nuestra investigación sobre los efectos de las normas privadas supranacionales, sin que necesariamente sea éste el punto de llegada¹⁹⁶. Por otra parte, la reducción de las normas a mandatos coactivos, o incluso meramente eficaces, nos llevaría a elevar al mismo nivel las normas supranacionales que a cualquier otra, es cierto, pero no subiéndolas al pedestal de las Leyes del Estado, sino rebajando éstas últimas al pozo del mandato del rufián. Existirían entonces normas supranacionales coactivas, tanto como cualquier otra. En cuyo caso, los conflictos internormativos deberían resolverse en favor de la norma más eficaz¹⁹⁷. Esta, pese a poder estar puntualmente respaldada por ciertos supuestos, sin embargo, no acaba de constituir una propuesta convincente.

En realidad, parte de este debate puede atribuirse a una pertinacia del jurista por afirmar el modelo de ordenamiento y la teoría jurídica en la que se ha formado. En el presente trabajo consideramos que no hay que aferrarse inquebrantablemente a las construcciones jurídicas - que son, al fin y al cabo, medios y no fines- y consecuentemente afirmamos con rotundidad la existencia del Derecho objetivo, y por tanto del conjunto de normas ordenado por principios, y éstos a su vez fundados en conceptos éticos que subyacen y preexisten al sistema, y que no siempre están positivizados. Mantenemos, por tanto, una concepción heredada del iusnaturalismo, pero no propiamente iusnaturalista: el Derecho necesita de la norma positiva

¹⁹⁶ Sobre este análisis vid. en general OLIVECRONA, K. (1939): *Law as Fact*, Londres: Milford, OUP, sobre todo pp. 40-49. Así y siguiendo esta línea de investigación realista, si no son diferentes *a priori*, una Ley, una norma supranacional y el mandato prescriptivo de un rufián podrían tener la misma naturaleza al ser igualmente eficaces. La Teoría del Derecho (especialmente la realista escandinava) ha abusado recurrentemente de este reduccionismo, sugiriendo a veces que efectivamente el mandato prescriptivo o coactivo del rufián es Derecho. De ser cierto tal reduccionismo, la afirmación, creemos, debería ser más bien la contraria: el Derecho no existe. Recordemos de nuevo que la existencia del Derecho no se sigue necesariamente de la existencia de las normas, especialmente si se pretende que el Derecho sea un sistema. Son conceptos sustancialmente diferentes. Y tampoco el Derecho es ontológicamente necesario.

¹⁹⁷ Es decir, si una norma supranacional y una norma estatal entraran en conflicto, al ser ambas igualmente coactivas, habría que resolver el conflicto en favor de aquella que estuviera en mejor posición de ser impuesta de hecho en el caso en concreto, de manera que la eficacia de las normas dependería del aparato coactivo-institucional que subyace a su implantación. Así, una norma supranacional impuesta por una organización internacional débil cedería ante la fuerza de un Estado que se niega a aplicarla en su territorio; y una Ley de un Estado débil cedería ante la norma internacional emanada de un poderoso organismo supranacional, incluso privado. Suponemos también que una norma del Estado debería ser inaplicable ante un conflicto con la norma impuesta por el rufián, si en el caso concreto éste tenía más medios para imponer su norma que el Estado para imponer la suya. Comprensiblemente, y aunque la realidad fáctica en ocasiones pueda llegar a parecerse, las situaciones descritas no se corresponden con la problemática de un sistema de fuentes bien construido. El Derecho es un conjunto ordenado de normas, y está ordenado por una serie de principios y axiomas, como todo sistema.

para existir, y de ahí que ambos aspectos, el ético que subyace y el positivo que existe sean indispensables. Se trata, por tanto, de un dualismo. Esta positivación de los principios subyacentes, además, puede producirse en cualquier norma del ordenamiento jurídico, pero va a darse fundamentalmente en una: la Constitución.

Esta tensión entre el iusnaturalismo y el positivismo que mantenemos, especialmente en materia de derechos fundamentales, no es ni mucho menos nueva¹⁹⁸. El citado autor construye un concepto formal de derecho fundamental, de manera que éste sería aquel derecho universalmente reconocido a todos en cuanto personas naturales o ciudadanos y capaces de obrar, definición esta que se califica como formal y estructural y que formaría parte de una depurada teoría axiomática en la que el autor no admite conceptos o axiomas si éstos no están fundamentados a su vez en axiomas anteriores. No es nuestro objetivo cuestionar aquí esta construcción, ni este concepto de derecho fundamental -pues aportan, por otra parte, un valor analítico innegable a la ciencia jurídica-. Pero sí queremos poner el énfasis en esta aparente aporía: el autor reconoce el origen histórico en la teoría iusnaturalista de los derechos fundamentales, pero no admite esta corriente en su definición, pues no se podrían predicar derechos fundamentales meramente de las personas naturales en tanto que

¹⁹⁸ Vid. FERRAJOLI, L. (2012) (para una recensión española crítica de esta obra, vid. ANSUÁTEGUI ROIG, E.J. (2013): «Los derechos fundamentales en Principia Iuris (o los límites de la Teoría del Derecho)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 39, pp. 35-55. Una obra de debate muy novedosa y que reintroduce con sólidos fundamentos la naturaleza iusnatural de los derechos fundamentales es PUPPINCK, G. (2018): *Les droits de l'homme dénaturé*, Paris: CERF, Collection Idées, que observa que en el entorno supranacional, los derechos humanos no sólo revelan esa naturaleza inmanente al no estar vinculados a ningún ordenamiento concreto *a priori* (aunque sólo puedan ser protegidos al positivizarse por tales ordenamientos en su espacio territorial de vigencia normativa y siempre *a posteriori*) sino que también demuestran que la dogmática positivista de los derechos humanos ha degradado en un campo de batalla ideológico. Por otra parte, y para una concepción globalista general de la teoría del Derecho, que asume un enfoque pluralista y por tanto post-positivista, vid. TWINING, W. (2009): *General jurisprudence: Understanding law from a global perspective*, Cambridge: CUP. Esta concepción del Derecho Global, por su propia naturaleza pluralista, se contrapondría a las concepciones iusnaturalistas, en la línea de FINNIS (2011): *Natural Law and Natural Rights*, Second Edition. Oxford: OUP o, entre nosotros, el ya citado, DOMINGO OSLÉ (2008). Para la primera de las líneas teóricas, el Derecho Global sería un conjunto deshilvanado de normas; para la segunda, deberían existir principios jurídicos universales sobre los que sustentar tal evolución jurídica. Sin embargo, y como ha demostrado el propio FINNIS en sus estudios sobre el iusnaturalismo en Santo TOMÁS DE AQUINO (FINNIS, J. (1998): *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford: OUP), no hay inconveniente en reconocer que existe un Derecho positivo en el que, por expresarlo en el lema hobbesiano luego reiterado por SCHMITT, funciona la regla *auctoritas, non veritas, facit legem*; y, al mismo tiempo, que este Derecho positivo sería contrario a un Derecho natural subyacente (vid igualmente el artículo FINNIS, J. (2018): «Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2018 Edition), Edward N. ZALTA (ed.), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/aquinas-moral-political/>>). En otras palabras, para un análisis iusnaturalista, tal y como lo entendemos (es decir, no conceptualizando el Derecho como un mero instrumento coactivo de la moral, sino asumiendo la distinción entre un Derecho positivo emanado de la autoridad y un conjunto de principios morales a los que aquel *debe* ajustarse) no habría problema en reconocer la existencia de un pluralismo jurídico positivo global, al tiempo que se intenta construir un conjunto de principios globales, aunque a día de hoy éstos sólo puedan exigirse mediante un control judicial estatal, en virtud del reconocimiento constitucional de tales principios. Pero esta búsqueda de principios universales aplicables al Derecho Global es, a nuestro modo de ver, el camino adecuado.

tales, sino exclusivamente mediante su reconocimiento normativo. Sin embargo, caracteriza a la vez los derechos fundamentales como de «naturaleza supranacional», lo cual no deja de inspirar un carácter iusnatural subyacente.

Nosotros, aún comprendiendo este punto de vista, adoptamos uno diferente: los derechos fundamentales son el puntal en torno al cual debe construirse el sistema jurídico -hasta aquí de acuerdo con el autor- pero en nuestro caso admitimos que es porque tales derechos preexisten al Derecho objetivo, al estar ligados a la persona natural en tanto que tal. Ahora bien, otra cosa es reconocer que dichos derechos sólo pueden tener eficacia en el Derecho objetivo mediante su reconocimiento normativo, esto es obvio. Cómo se califique a esta teoría -iusnaturalismo cercano al positivismo o positivismo moderado, o de cualquier otra forma- no es relevante para nosotros. Lo relevante es que quede claro que nuestra concepción del Derecho objetivo pivota en torno a los derechos fundamentales, y como tal reconoce un fondo iusnaturalista, por más que el Derecho objetivo como tal realidad no deja de ser una expresión positiva de tales dinámicas subyacentes. Por otra parte, no dejamos de recurrir a autores positivistas (KELSEN, NAWIASKY) de raíz neokantiana, para expresar conceptos consolidados en el Derecho interno, siempre desde la advertencia de que estas teorías no son suficientes para explicar la fenomenología jurídica supranacional.

Sólo una vez que asumimos que existen unos principios jurídicos que imprimen un orden sistemático al conjunto de normas podemos afirmar la existencia del Derecho. Pero debemos tener cuidado con el concepto de «orden sistemático», porque no nos referimos a un sistema cerrado y perfecto sin lagunas (tal cosa es una construcción dogmática) sino a un cierto orden en las relaciones entre normas individuales, más o menos complejo pero que es suficiente como para afirmar que las normas internas al sistema se relacionan entre sí. Superada esta etapa, es necesario pasar a la siguiente: definir el Derecho. Sólo entonces sabremos si las normas supranacionales pueden inscribirse en este concepto.

En el presente trabajo, consideramos Derecho en sentido objetivo a todo enunciado prescriptivo que cumple tres características: es producto de un sujeto emisor que ostenta una función normativa, atribuida o *de facto*; es recibida por la voluntad no viciada del sujeto obligado (eficacia subjetiva o identidad entre voluntad y sujeción) y es aplicable en un territorio, por ser consistente con los principios constitucionales de aquél (procedimiento de legitimación).

3. Normas y no «estándares»

Como consecuencia de todo ello, afirmamos que las normas supranacionales, primero, tienen la estructura propia de las normas jurídicas y que por tanto deben identificarse como tales (y no como meros «estándares»¹⁹⁹) y segundo, que están informadas por esos mismos principios preexistentes, que revierten siempre en uno sólo, la realización de la Justicia. Esta fundamentación principal es la que no puede predicarse del mandato del rufián.

De esta forma, damos una respuesta a los tres ejemplos anteriormente expuestos. En primer lugar, la norma del Estado democrático de Derecho cumple plenamente los requisitos para ser Derecho. Primero de todo, es producto de un sujeto emisor de normas, el legislador. Aquí, la noción de validez sólo nos interesa en el plano jurídico interno: que haya sido aprobada por el procedimiento establecido y no sea contraria a normas jerárquicamente superiores es un problema que el emisor tiene para el reconocimiento de su propia norma. Pero la validez tiene mucha menos importancia en el ciudadano corporativo, donde los procedimientos de elaboración son mucho más laxos y puede considerarse norma suya todas las emitidas por él mismo. Por otra parte, la norma democrática garantiza la identidad entre voluntad y sujeción, pues el propio sujeto ha aceptado la norma al someterse a un sistema constitucional

¹⁹⁹ Esta confusión, que consiste en el empleo del vocablo «estándares» para referirse a las normas supranacionales, negándoles la naturaleza de normas (pero sin formar un concepto de «estándar») es común tanto en la doctrina internacional como en la española. La doctrina no ha llegado a construir un concepto normativo de estándar plenamente satisfactorio como distinto esencialmente de las normas jurídicas estatales, aunque ha habido intentos muy sólidos (SCHEPEL, H. (2005): *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*. Oxford: Hart). Otra vía de análisis ha consistido en calificar los estándares como «legislación en sentido material» («*Gesetzgebung im materiellen Sinne*», OHLER, C. (2007): «Internationale Regulierung im Bereich der Finanzmarktaufsicht», en MÖLLERS, C., VOSSKUHL, A. y WALTER, C. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 259-278, p. 269). En España por ejemplo, vid. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017): «El papel de la regulación en la llamada economía colaborativa», *Revista de Estudios Europeos*, n. 70, pp.159-178, p. 162 afirma que «Así, la normalización consiste en la elaboración de estándares –confusamente llamados “normas”–, que fijan las características de calidad, protección ambiental, seguridad e intercambiabilidad que deben tener los productos o servicios (agricultura, industria, construcción, salud, nuevas tecnologías, etc.). Los estándares son de cumplimiento voluntario, a diferencia de las normas de seguridad industrial». Tratar de situar las normas supranacionales (o “estándares”) en el ordenamiento jurídico es una tarea encomiable y en este sentido, este y otros trabajos son una referencia del intento de comprensión del fenómeno desde el ordenamiento jurídico nacional, pero es claro que en nuestra opinión la situación es exactamente al revés: la confusión está en negarles el carácter de normas, y efectivamente son de cumplimiento voluntario, lo cual en términos de categoría jurídica sólo significa que son recepticias (de manera que, una vez que se han recibido, su cumplimiento ya es obligatorio hasta que el sujeto receptor las denuncie, cosa que puede hacer en cualquier momento, de manera que su cumplimiento nunca deja de ser voluntario). La cuestión, creemos, es diferente en la de la doctrina norteamericana, menos dogmáticamente rígida y donde el empleo de tal término *standard* no aspira propiamente a negar la naturaleza de las normas supranacionales, sino simplemente a describir su función económica. Para un uso completamente diferente del concepto de «estándares» -como sinónimo de una norma jurídica con un nivel de concreción intermedio entre los principios y las reglas- vid. LAPORTA SAN MIGUEL (2009): «Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas», en LAPORTA, F.J., RUIZ MANERO, J. y RODILLA, M.A., *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 55-95, p. 62.

en el que participa²⁰⁰. En tercer lugar, al ser una norma estatal es por definición consistente con sus propios principios constitucionales (de lo contrario nunca hubiera llegado a ser *válida* o tendríamos un problema de constitucionalidad) y por tanto es territorialmente eficaz.

En el otro extremo se encuentra el mandato del rufián. Efectivamente, es un enunciado prescriptivo emitido por un sujeto con poder normativo *de facto*, pero no es Derecho porque, en primer lugar, la norma no es reconocida por el sujeto obligado, y si lo es lo será por una voluntad viciada por la violencia o intimidación. Y si no mediara tal violencia o intimidación y pudiera considerarse que el sujeto obligado recibió la norma eficazmente, esta nunca podrá ostentar la eficacia territorial, pues no podrá ser reconocida por el ordenamiento jurídico del Estado, al ser contraria -por definición- a los principios del sistema constitucional. En otras palabras, el Estado se convierte en el máximo garante de los principios éticos que subyacen al Derecho mediante su positivación en principios jurídico-constitucionales, y su representante en la recepción de las normas externas al Estado, el Juez, se convierte en el nuevo Defensor de la Constitución²⁰¹.

Entre medias de ambas situaciones se encuentran las normas supranacionales. El Derecho Global y sus normas sí son Derecho, y lo son porque constituyen enunciados prescriptivos recibidos por los propios sujetos obligados, y que pueden ser recibidos también en el ordenamiento jurídico del Estado si el Juez que aplica la norma entiende que respetan sus propios principios constitucionales. Dicho de otra forma, la fotografía que nosotros hacemos a las normas supranacionales se produce justo antes de que sean recibidas en el ordenamiento jurídico, cuando ya las ha recibido el sujeto particular. En ese momento, en este examen sincrónico, podría decirse que tenemos un *fragmento de Derecho objetivo*, un enunciado prescriptivo a punto de ser plenamente juridificado mediante su admisión en el Ordenamiento jurídico estatal y la atribución de eficacia territorial. Sin embargo, esta situación es interina: nos confunde el hecho de que, en las normas estatales, la entrada en

²⁰⁰ Por supuesto, este argumento puede someterse a crítica si el Estado no es *democrático de Derecho*, pero a efectos dogmáticos es necesario asumir que semejante problema es *político* y no jurídico, y como tal la teoría no varía.

²⁰¹ Sobre este bien conocido concepto, con carácter muy general, vid. SCHMITT, C. Y KELSEN, H. (2009): *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Madrid: Tecnos. (Traducciones de SCHMITT, C. (1931): *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr; y KELSEN, H. (1931): *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin-Grunewald, Rothschild, Berlin-Grunewald.). Y también MIGUEL HERRERA, C. (1994): «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, n. 84, pp. 195-227; SANZ MORENO, J.A. (2013): «El Parlamentarismo en su encrucijada: Schmitt versus Kelsen, o la reivindicación del valor de la democracia», *Revista de Estudios Políticos*, 162, 113-118; JIMÉNEZ SEGADO, C. (2013): «El Poder Judicial y la Defensa de la Constitución en Carl Schmitt», *Revista de Estudios Políticos*, n. 161, pp. 41-67.

vigor es el momento en el que se dan los tres requisitos simultáneamente, de manera que el proceso es acelerado. En el análisis diacrónico el Derecho Global es estrictamente Derecho objetivo, aunque su «conversión» de mero enunciado prescriptivo a norma jurídica plena perteneciente a un sistema jurídico es un proceso que puede ser cronológicamente largo, que requiere de tres sujetos (emisor, receptor y Estado) y que hemos denominado *procedimiento de legitimación*.

4. Ejemplo. La normatividad de las normas privadas supranacionales

Toda la teoría anterior puede contrastarse con algunos ejemplos prácticos. En realidad, el conjunto de ejemplos del presente trabajo revierten en esta misma idea de la normatividad de las normas privadas supranacionales. No obstante, ahora vamos a intentar construir la norma en sí para que se comprenda por que un conjunto diverso de fenómenos regulatorios pueden considerarse normativos. Estos incluyen regulaciones que adoptan fórmulas propias de la estructura normativa propia del Derecho interno, y otras que se formulan como recomendaciones incluso formularios, pero no hay que desdeñar su carácter normativo recepticio.

Una gran parte de las normas privadas supranacionales son normas en el sentido clásico del Derecho del Estado, e incluso puede decirse que en el sentido estrictamente positivista kelseniano. Tomemos un conjunto de ejemplos del sector agroalimentario. Aquí podríamos hablar de varias organizaciones: por supuesto, sin ánimo exhaustivo alguno, citaremos dos organismos mundiales de normalización privada, el *Global Food Safety Initiative* (GFSI) y el GLOBAL G.A.P. («*La norma mundial para las buenas prácticas agrícolas*»). A estos habría que añadir las organizaciones industriales internacionales tales como el Consejo Internacional Avícola (IPC), la Comisión Internacional del Huevo (IEC), la Oficina Permanente Internacional de la Carne (OPIC), la Federación Internacional de Lechería (FIL) y la Federación Internacional de Productores Agropecuarios (FIPA)²⁰². Cualquiera de estos ejemplos, para empezar, se corresponde con nuestra propuesta del ciudadano corporativo, que examinaremos de inmediato.

²⁰² Para una enumeración de las normas privadas supranacionales e materia agroalimentaria, véase ROBACH, M. (2010): «La visión del sector privado respecto a las normas privadas. Algunos enfoques que pueden ayudar a reducir los conflictos actuales y futuros entre las normas públicas y privadas», *Conf. OIE*, 15-21.

En primer lugar, el acceso a estas normas privadas supranacionales, a menudo requiere la descarga de algún formulario, incluso bajo solicitud formal de éste (caso, por ejemplo, del GLOBAL GAP), cuando no directamente de un pago por la recepción de la norma, que puede incluir otros gastos de servicios de los que provee la organización, típicamente, de supervisión de la actividad y certificación (caso típico de muchas normas ISO). Esto es ya, de por sí, un indicativo muy concluyente del carácter recepticio de estas normas. Ahora bien, muchas de ellas se expresan en forma de definiciones y datos, que no son muy diferentes a las que encontramos en algunas normas reglamentarias internas, pero que potencialmente pueden sugerir que no estamos propiamente ante normas, porque en ellas no funciona con claridad un esquema de «condición-consecuencia».

Como es bien sabido, el modelo de condición-consecuencia es fundamental en la construcción kelseniana de la normatividad, en la que la norma primaria (la sanción) se dirige a los jueces, y resulta de aplicación precisamente cuando se da el supuesto de hecho de la norma secundaria (la condición), que -en el caso típico del Derecho sancionador- es precisamente el hecho social que se pretende evitar mediante la vigencia de la norma -así, por ejemplo, el hurto-. Esto puede llevar a una «*cadena normativa*» en la que, si se da el caso de que un juez no aplica la consecuencia (sanción) a un determinado comportamiento recogido en una norma secundaria, este comportamiento es a su vez condición que justifica la aplicación de una sanción, de manera que la norma primaria incumplida por el Juez es ella misma norma secundaria de otra norma primaria²⁰³.

En los términos anteriores, es difícil encontrar normas privadas supranacionales -aunque *a priori* no lo descartaríamos como imposible-. No obstante, es bien sabido que la teoría normativa kelseniana - como tampoco la hartiana- no agota la normatividad. El modelo mencionado de *razones para la acción*, al que ya hemos hecho referencia y que ha defendido entre nosotros BAYÓN²⁰⁴, resulta de mayor utilidad para comprender la normatividad del fenómeno. Así, si se admite que la normatividad es la concurrencia de a) un hecho social normativo (la existencia de una norma) y b) una cierta eficacia de estas normas que son la referencia de los sujetos para justificar sus actos (o, dicho a la inversa, son *reconocidas* por los

²⁰³ En este sentido, vid. ALMOGUERA CARRERES, J. (2002): *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid: Reus, p. 203.

²⁰⁴ BAYÓN (1991).

sujetos como aplicables a sí mismos y se guían por ellas para actuar) entonces tenemos suficientes elementos de normatividad en las normas privadas supranacionales.

Es cierto que este modelo no agota la propuesta de la normatividad que nosotros hemos formulado, porque obviamente faltaría aún un elemento, la recepción objetiva, es decir, el reconocimiento de la norma privada supranacional como eficaz territorialmente, algo que sólo está en manos del Estado-nación y sus órganos, siendo los responsables casuísticos de esta decisión -en nuestra opinión- los órganos jurisdiccionales ordinarios. La plena normatividad exige para nosotros la concurrencia de las tres eficacias, la subjetiva, la objetiva y la función, y a ella se puede añadir el requisito previo de la existencia de la norma como hecho social, que aunque pueda -y en realidad, en nuestra opinión siempre lo hará- reposar sobre juicios morales, como tal hecho social es una realidad positiva constatable empíricamente. Pero la teoría de razones para la acción nos aporta, al menos, una aproximación empírica a lo que en otro lugar analizamos desde un punto de vista subjetivo, al recepción (subjetiva) de la norma. En la práctica, afirmar que es verdadero o falso que en un determinado supuesto un sujeto privado ha recibido subjetivamente una norma privada supranacional, o bien que la ha reconocido como razón para la acción, o bien que la emplea como justificación de sus propios actos, son tres juicios concurrentes y, a efectos de los objetivos del presente trabajo (la justificación de la normatividad de las normas de Derecho Administrativo Global), indistinguibles.

Tomemos ahora la referencia de una de las normas del sector agroalimentario que referenciábamos más arriba. Se trataría de una de las normas del llamado *Codex Alimentarius*, un intento de recopilación de normas técnicas en el que participa la FAO y la OMS junto con muchas organizaciones privadas sectoriales (que incluyen a las anteriormente mencionadas). Es la Norma para los Aceites de Oliva y Aceites de Orujo de Oliva, CODEX STAN 33-1981²⁰⁵. Esta norma es, en el sentido que acabamos de explicar, normativa toda ella (recepticia si admitimos el modelo que nosotros proponemos), pero nos provee de ejemplos variados.

²⁰⁵ Adoptada en 1981. Revisada en 1989, 2003, 2015 y 2017. Enmendada en 2009, 2013. Disponible en: http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/sh-proxy/en/?lnk=1&url=https%253A%252F%252Fworkspace.fao.org%252Fsites%252Fcodex%252FStandards%252FCXS%252B33-1981%252FCXS_033s.pdf.

En primer lugar, los tres primeros artículos incluyen una ristra completa de definiciones. Tales definiciones son similares a las que se encontrarían en muchas normas reglamentarias internas²⁰⁶. Así, responderían al esquema²⁰⁷:

Será A el objeto que cumpla B

Lo que es más, en el fondo de su sistema aplicativo a nivel global -no a nivel estatal, que es la propuesta que nosotros formulamos- puede encontrarse incluso el esquema kelseniano. Efectivamente, estas definiciones constituirían normas secundarias kelsenianas, aunque para ello habría que interpretarlas *a contrario*.

A deberá cumplir B

La norma primaria, en este caso la consecuencia jurídica del incumplimiento anterior, se correspondería con la sanción de la retirada de la certificación privada, C, según una fórmula como la siguiente:

Si A cumple B, se otorgará C.

Si A no cumple B, no C.

Como puede verse, incluso el esquema kelseniano de norma primarias y secundarias es rastreable en las normas privadas, donde incluso se contemplan también deberes explícitos²⁰⁸. No obstante, puede igualmente considerarse que la norma en sí es un hecho social y una razón para la acción, en el sentido de impulsar a los productores a guiarse por ella. Al mismo tiempo, el resto de la norma nos enseña otras formas de normación técnico-sectorial que, en

²⁰⁶ Así por ejemplo, artículo 2: «El aceite de oliva es el aceite obtenido únicamente del fruto del olivo (*Olea europea* L.) con exclusión de los aceites obtenidos usando disolventes o procedimientos de reesterificación y de cualquier mezcla con aceites de otro tipo. Los aceites de oliva vírgenes son los aceites obtenidos del fruto del olivo únicamente mediante procedimientos mecánicos u otros medios físicos en condiciones, particularmente térmicas, que no produzcan alteración del aceite y que no hayan tenido más tratamiento que el lavado, la decantación, la centrifugación y el filtrado.

El aceite de orujo de oliva es el aceite obtenido mediante tratamiento con disolventes no halogenados u otros procedimientos físicos del orujo de oliva, con exclusión de los aceites obtenidos por procedimientos de reesterificación y de cualquier mezcla con aceites de otra naturaleza».

²⁰⁷ Eludiremos aquí el empleo del lenguaje de la lógica, si bien es obvio que simplificaría la tarea, pero sólo para sus buenos conocedores. Por otra parte, nuestro análisis no llega al nivel de complejidad tal que el empleo de este lenguaje se haga necesario.

²⁰⁸ Por ejemplo, artículo 5.2: «Residuos de plaguicidas: Los productos regulados por las disposiciones de la presente Norma deberán ajustarse a los límites máximos de residuos establecidos por la Comisión del Codex Alimentarius para estos productos».

realidad, tienen el mismo valor normativo. Las exigencias cuantitativas, en realidad, pueden considerarse parte de la misma norma de definición conceptual²⁰⁹. De nuevo, las recomendaciones explícitas (incluso en negrita en el original) no nos separan del valor normativo de la norma: no añaden nada a su carácter recepticio, sino que en todo caso aclaran la importancia del requisito, que es, insistimos, igualmente normativo²¹⁰. En fin, esta lógica es válida para todas las normas privadas supranacionales del Derecho Administrativo Global.

III. Los sujetos: el ciudadano corporativo

Ha llegado el momento de formar un auténtico concepto abstracto que nos sirva para explicar el origen subjetivo de la producción del Derecho Global. Vamos a ver cómo este nuevo Derecho objetivo es el producto del ejercicio de la función normativa por parte de una multiplicidad de entes de la más diversa índole, tanto públicos, como privados, como incluso no formalmente constituidos. Y no hay que extrañarse de que el interés político y económico de muchas de las normas privadas supranacionales determine a veces que esas entidades que ejercitan un poder carente de atribución formal sean las más importantes productoras de normas privadas supranacionales, como sucede con el Comité de Basilea, que estudiaremos como ejemplo particular.

²⁰⁹ Por ejemplo, artículo 3: «Características organolépticas (olor y sabor) de los aceites de oliva vírgenes

Mediana del defecto Mediana del atributo frutado

Aceite de oliva virgen extra $Me = 0$ $Me > 0$

Aceite de oliva virgen $0 < Me \leq 2,5$ $Me > 0$

*Aceite de oliva virgen corriente $2,5 < Me \leq 6,0$ **

** o cuando la mediana del defecto sea inferior o igual a 2,5 y la mediana del frutado sea igual a 0». Etc.*

²¹⁰ Por ejemplo, artículo 6: «HIGIENE

*Se **recomienda** que los productos regulados por las disposiciones de la presente Norma se preparen y traten en conformidad con las secciones apropiadas de los Principios generales de higiene de los alimentos (CAC/RCP 1-1969), y otros textos pertinentes del Codex, como los códigos de prácticas de higiene y demás códigos de prácticas*

Los productos deberán cumplir todos aquellos criterios microbiológicos establecidos conforme a los Principios y directrices para el establecimiento y la aplicación de criterios microbiológicos relativos a los alimentos (CAC/GL 21-1997)» (negrita en el original). En este contexto, *recomienda* puede ser interpretado en diferentes sentidos, pero en todo caso nunca eludiendo la normatividad de la norma, y menos aún la responsabilidad del autor. Así, puede especularse con la posibilidad de que el valor de recomendación implique una menor sanción en caso de incumplimiento (por ejemplo, que de no cumplirse este aspecto en concreto no se retire directamente la certificación, pero tal vez sí si se acumula con otros incumplimientos, etc.). En todo caso, insistimos, estamos hablando de nuevo de un valor estrictamente normativo aunque se haya pretendido otra cosa con el cambio en la expresión lingüística.

1. Breve alusión a la atribución de funciones jurídico-públicas a entidades privadas como fenómeno típico de nuestra época

El ejercicio del poder público por parte de sujetos privados puede llevarse incluso al lejano terreno de las *potestas* del Derecho romano (por ejemplo, las derivadas de las atribuciones del *paterfamilias*), e incluso al antiguo Derecho germánico, donde el ejercicio de potestades públicas por sujetos privados fue una tradición consolidada y bien estudiada²¹¹. Sin llegar tan lejos, es bien conocido que el moderno Derecho Administrativo se sirve habitualmente (y no siempre pacíficamente) tanto del Derecho privado como de sujetos privados, que en ciertos casos acaban siendo investidos de una u otra forma con ciertas facultades de ejercicio de potestades que, originalmente -constitucionalmente- vienen atribuidas a la Administración. La novedad, desde luego, es que entidades privadas corporativas y supranacionales asuman estas funciones por su propia iniciativa. Pero que la Administración haga uso de sujetos privados para ejercer sus propias políticas, bien privatizando o creando sociedades propias, bien encargando a sujetos privados ajenos el ejercicio de determinadas funciones públicas, no es novedad alguna.

Así, en cuanto al primer caso, existe una larga tradición por parte del Estado o sus formas jurídicas predecesoras, las Monarquías de los siglos XV a XVIII, de ser titulares de sociedades privadas²¹². Naturalmente, no tenemos que ir tan lejos para encontrar ejemplos modernos: el Derecho Administrativo español nos ofrece una gama amplia de sociedades públicas de naturaleza jurídico-privada²¹³. Por otra parte, tampoco es nuevo el segundo fenómeno, la atribución a sujetos privados independientes de la Administración de ciertas funciones

²¹¹ Entre nosotros, vid. HINOJOSA Y NAVEROS, E. (1993): *El elemento germánico en el Derecho español* (reproducción del original de 1915), Madrid: Marcial Pons.

²¹² Así, en el Derecho societario inglés se habla de los precedentes de la actual responsabilidad limitada en las antiguas compañías de las colonias de los siglos XVI-XVIII, siempre constituidas (*incorporated*) por un acto jurídico-público (*Royal Charter*). A estas sociedades se les aplicaban ya regímenes precedentes de lo que sería después la responsabilidad limitada: así sucedió en el caso *Edmunds v. Brown and Tillard* (1668) 1 Lev 237, vid. SEALY, L. y WORTHINGTON, S. (2010): *Cases and Materials in Company Law*, 9ª ed, Oxford: OUP, p. 53. Vid. también GOWER, L.C.B, DAVIES, P.L. y WORTHINGTON, S. (2012): *Principles of Modern Company Law*, 9ª ed, Londres: Sweet and Maxwell, pp. 3-35; y MICKLETHWAIT, J. y WOOLDRIDGE, A (2003): *The company: A short history of a revolutionary idea*. New York: Modern Library.

²¹³ Naturalmente, la doctrina en este ámbito es muy abundante, y no es este lugar para hacer acopio. Como ejemplo reciente y muy certero sobre esta problemática, vid. CHINCHILLA MARÍN, C. (2017): «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica *privada* y su personalidad jurídica *diferenciada*: ¿realidad o ficción?», *Revista de Administración Pública*, n. 203, pp. 17-56. Vid. también ALONSO UREBA, A. (1985): *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico*. Madrid: Montecorvo y en materia de fundaciones públicas, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2012): «La reestructuración del sector público fundacional», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, n. 1, pp. 19-56.

públicas, por lo general de gestión, bajo el control de aquélla, en particular mediante el régimen de concesión²¹⁴. Tampoco es novedad que el Estado deposite en sujetos privados el poder de creación normativa, aunque semejante delegación ha sido hasta ahora empleada con cierto cuidado.

2. Ejemplo introductorio. *National Electric Code* de Kansas

No es, por supuesto, nueva la polémica. La respuesta del Estado Liberal de Derecho al poder normativo privado sólo podía ser una, y es que tales normas debían ser incorporadas al ordenamiento mediante su aprobación por una fuente del Derecho válida y democráticamente legitimada. Esta fue la respuesta de un tribunal intermedio, la *Kansas Supreme Court* en el caso *State v. Crawford*²¹⁵. En aquel caso se cuestionaba el carácter vinculante de una norma técnica, el *National Electrical Code*, que había sido elaborado por técnicos completamente ajenos al propio Estado y a sus instituciones democráticamente instituidas. El Tribunal concluye, de forma poco imaginativa, que la única forma de dar carácter vinculante a tal norma sería su incorporación al ordenamiento jurídico del Estado (en este caso, federado) por el procedimiento legislativo aplicable. Es decir, como una norma emanada del poder legislativo con contenido propio, copiando el contenido del código (sic)²¹⁶.

En el Derecho actual, hay que distinguir las normas privadas supranacionales de aquellas otras normas privadas emanadas de organizaciones de estandarización reguladas por la Ley, y cuyas normas son a su vez incorporadas al ordenamiento mediante normas internas de

²¹⁴ Aquí tampoco vamos a detenernos, aunque como es obvio la doctrina es prácticamente inabarcable. Especialmente valioso, por la profundidad de su análisis y su exposición de los diferentes modelos de gestión pública es ARIÑO (2004:565-590).

²¹⁵ 177 P 360-361 (Kan 1919). Citado por SCHEPEL (2005:1). Esto sería lo que el citado autor ha venido en llamar «constructivismo jurídico».

²¹⁶ La expresión del Tribunal se ha hecho célebre: «*If the Legislature desires to adopt a rule of the National Electrical Code as a law of this State, it should copy that rule, and give it a title and an enacting clause, and pass it through the Senate and the House of Representatives by a constitutional majority and give the Governor a chance to approve or veto it, and then and it over to the secretary of state for publication*» (citado por SCHEPEL, 2005:1 y reiterado en SCHEPEL, H. (2014): «Rules of Recognition. A Legal Constructivist Approach to Transnational Private Regulation», en MUIR WATT, H. y FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (2014): *Private International Law and Global Governance*, Oxford: OUP, cap 10 y JURČYS, P., KJAER, P.F. y YATSUNAMI, R. (2013): *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 191).

remisión²¹⁷. Esta metodología, bien conocida y estudiada en España, tiene sus propios problemas, en todo caso mucho menos enjundiosos que los que vamos a tratar nosotros. En el caso español, nos lleva necesariamente a la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, donde se funda una dicotomía entre los Reglamentos técnicos, que para el artículo 8.4 de la citada Ley establecerían «*La especificación técnica relativa a productos, procesos o instalaciones industriales, establecida con carácter obligatorio a través de una disposición, para su fabricación, comercialización o utilización*» y las normas privadas de los organismos de normalización, acreditados conforme al Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre (fundamentalmente, AENOR, por Orden de 26 de febrero de 1986). Éstas últimas, sin embargo, tienen todavía que ser incorporadas por una norma interna válida para ser eficaces. Este proceso genera sus propios problemas, particularmente cuando la remisión se realiza hacia normas privadas futuras, o hacia posibles modificaciones de la existente (las célebres remisiones a «la mejor tecnología disponible» o al «estado de la técnica»). Ha sido igualmente polémica la asimilación de la remisión a una posible delegación del ejercicio de la potestad reglamentaria²¹⁸. Y por supuesto, se duda de su legitimidad democrática, una constante bien justificada igualmente en materia de Derecho Global.

Sin embargo, estos dilemas están bien estudiados y reducidos al mínimo: la remisión del Reglamento a normas privadas futuras, al menos puede saldarse con una actualización

²¹⁷ La bibliografía específica de esta materia es prolija, y nos limitaremos a citar algunos trabajos importantes. La teoría general, a modo de manual que resuma las aportaciones doctrinales, creemos que la explica inmejorablemente MUÑOZ MACHADO, S. (2015:164-173), si bien aborda el problema también en otros volúmenes de la obra, con menor detalle. Como obra especializada, es indispensable la cita de ESTEVE PARDO (2002): *Autorregulación: Génesis y efectos*, Pamplona: Aranzadi; MALARET GARCÍA (1988): «Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales (algunas consideraciones entorno a la regulación de productos)», *Revista de Administración Pública*, n. 116, pp. 287-340; ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1998): «La capacidad normativa de los sujetos privados», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 99, pp. 343-367; CARRILLO DONAIRE, J.A. (2000): «Nulidad de los Reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la directiva 98/34/CE. La doctrina del TJCE sobre la «inoponibilidad» frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia “CIA Security”», *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº. 37, pp. 127-150. Vid. igualmente sobre estas técnicas aplicadas al ámbito ambiental AGUDO GONZÁLEZ, J. (2004): *El control de contaminación: Técnicas jurídicas de protección medioambiental*, Madrid: Montecorvo.

²¹⁸ Por este motivo, la incorporación de las normas supranacionales al ordenamiento jurídico estatal por mecanismos legislativos o reglamentarios presenta la dificultad de que provoca siempre una «congelación material» del contenido de la norma supranacional: el Estado recibe un contenido fijo, y sólo mediante una modificación legislativa puede adaptar la incorporación a la modificación de la norma supranacional, que a su vez cambian constantemente, por estar al albur de la economía y de la técnica. Ahora bien, este tipo de remisión, calificada doctrinalmente como *remisión rígida*, sería el único aceptable para el ordenamiento jurídico del Estado, mientras que deberían rechazarse las remisiones abiertas a la norma supranacional y sus modificaciones futuras mediante cláusulas como las de mejor tecnología disponible o estado de la técnica, que - de no estar autorizadas por Ley- supondrían una subdelegación de la potestad reglamentaria contraria al artículo 9.2.b de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y al artículo 20.3.a de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (MUÑOZ MACHADO, 2015:VII, 170-172).

constante de la normativa de remisiones; la prohibición de delegación es, en el Derecho español, una norma exclusivamente legal -artículo 9.2.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-, y por tanto puede ser desplazada por la atribución de funciones reglamentarias privadas y la autorización de la remisión establecida en una norma con rango de Ley (así, en la propia Ley de Industria)²¹⁹. Los problemas que tal sistema pretende resolver, a saber, la legitimidad democrática de las normas privadas y sus mecanismos de incorporación al Derecho interno van a ocupar ya gran parte del presente trabajo. Frente a la respuesta más habitual, que residencia la admisibilidad democrática de éstas normas sólo en su procedimiento de adopción mediante la creación de una norma estatal reglamentaria, nosotros creemos que el problema es mucho más complejo. En todo

²¹⁹ Vid. también, como ejemplo de la incorporación de una norma supranacional al ordenamiento interno por remisión reglamentaria, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 5ª, de 20 julio 2010 (RJ 2010\6507). En este caso, el recurrente impugnaba el Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas, en varios fundamentos jurídicos. Uno de los preceptos impugnados se situaba dentro de la en la Tabla A.2 del Anexo III del Reglamento, que regula los valores límite de inmisión máximos de ruido aplicables a infraestructuras ferroviarias y aeroportuarias. En la Tabla se incluyen cinco «Tipos de área acústica», adjudicando a cada Tipo un determinado «Índice de ruido», que se mide en «decibelios L_{Amax}», a su vez definidos primero en el artículo 2.g del Reglamento «L_{Amax} : (Índice de ruido máximo) [...] el índice de ruido asociado a la molestia, o a los efectos nocivos, producidos por sucesos sonoros individuales, que se describe en el Anexo I» y en segundo lugar en el Anexo I.A.2.b) «Definición del Índice de ruido máximo L_{Amax}: El índice de ruido L_{Amax}, es el mas alto nivel de presión sonora ponderado A, en decibelios, con constante de integración fast, L_AF_{max}, definido en la norma ISO 1996-1:2003[actualmente ya reformada y vigente la ISO 1996-1:2016; pero la norma española sigue a día de hoy haciendo referencia a las normas ISO anteriores -que por cierto, resultan difíciles incluso de encontrar, pues ISO sólo pone a la venta las versiones actualizadas-], registrado en el periodo temporal de evaluación». Pues bien, el objeto de impugnación era precisamente de entre los cinco Tipos de Áreas el Tipo a) «Sectores del territorio con predominio de suelo de uso residencial», en los que se permiten 85 decibelios L_{Amax}. En palabras del Tribunal Supremo, «La única argumentación de la Asociación recurrente es que "Estos niveles de ruido causan daño a la salud de acuerdo con toda la literatura científica. Son, en consecuencia, contrarios al art. 15 CE, pues constituyen un atentado contra la integridad física de quienes, de acuerdo con este reglamento, deberían soportarlos".

Obviamente, en los términos en los que el recurso se plantea, y la argumentación utilizada en relación con el apartado a) de la Tabla A.2 del Anexo III del Reglamento impugnado, debe de ser rechazado. Si bien se observa el parámetro comparativo que se nos ofrece es "toda la literatura científica", y no un precepto legal concreto, olvidando que, para lo que estamos constitucionalmente habilitados, de forma expresa (artículo 106.1 de la Constitución Española), es para comprobar el ejercicio de la potestad reglamentaria, pero desde la perspectiva de su legalidad, sin que en la demanda se nos ofrezca referencia alguna de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, o de la Directiva 2002/49 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, que nos pueda servir de término comparativo para ese juicio de legalidad que se nos pide.

No obstante, como quiera que el planteamiento de la recurrente cuenta con una perspectiva de constitucionalidad, por cuanto se dice infringido el artículo 15 de la Constitución Española y del derecho a la integridad física, debemos también añadir que no hemos contado ---el recurso se ha tramitado sin solicitud de recibiendo a prueba--- con datos concretos sobre los que poder articular la vulneración constitucional que se nos presenta»

Pues bien, aquí tenemos planteadas todas las cuestiones más complejas del Derecho Global: la incorporación de la norma supranacional al ordenamiento jurídico interno, su actualización o la colisión de su contenido con los derechos fundamentales. Aunque el hecho de que, en este caso, se hallaban incorporados a una norma reglamentaria, aparentemente simplifica mucho la discusión (pues toda impugnación de la norma supranacional lo es en este caso en realidad del Reglamento, y especialmente este punto, en el que no queda del todo claro en la sentencia si el Tipo de Área a) y sus 85 decibelios proceden de la norma ISO o son idea del legislador) en realidad nuestra opinión es que la incorporación legislativa o reglamentaria más bien parece complicar aún más el Derecho Global, y es difícilmente compatible con su propia dinámica. Las normas supranacionales son incorporadas por los propios sujetos a los que van destinadas, que son a su vez rápidos en adaptarse a sus reformas. Es preferible, por tanto, que el control de la aplicación de la norma se produzca *tópicamente* y se residencie en el Juez, y no en los rígidos mecanismos de las potestades legislativa y reglamentaria, aunque por supuesto esta opción siempre queda abierta.

caso, lo que queremos resaltar es que, incluso cuando está prevista la incorporación de estas normas mediante los métodos disponibles en el Derecho estatal consolidado, la doctrina admite en las normas privadas que si éstas no están aprobadas, tienen una cierta fuerza *de facto*²²⁰.

3. El ciudadano corporativo

Pues bien, se trata ahora de identificar estos entes y abstraer un concepto de éstos²²¹. Excluidos los Estados, por razones comprensibles -su personalidad jurídica es propia y distinta de las organizaciones supranacionales- nos quedan tres tipos de entidades que ejercen una

²²⁰ Así MUÑOZ MACHADO (2015:VII, 170) y RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S. (2002): «Normalización Industrial y Derecho Comunitario de la Competencia», *Revista de Administración Pública*, n. 158, pp. 187-212, p. 192.

²²¹ Se ha escrito mucho sobre el fenómeno de la privatización de las funciones del Derecho Público en general y del Derecho Administrativo en particular, y sobre los sujetos a los que se encomendarían tales funciones. No se ha hablado tanto de una construcción conceptual, vacío que aspiramos a llenar aquí. Pero desde luego el fenómeno no es nuevo. Recurriendo por lo general al nombre genérico de «*private actors*», dan buena cuenta de él (sólo a título ejemplificativo, al que deberán sumarse las referencias posteriormente incluidas) SLAUGHTER (2004 a y b), que introduce la idea de la *governement networks*; BERMAN, P.S. (2005): «From International Law to Law and Globalization», *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, pp. 485-556, p. 550, TEUBNER y KORTH (2009), ZUMBANSEN, P. (2012): «Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance & Legal Pluralism», *Osgoode CLPE Research Paper*, 21/2011, p. 328 y ZUMBANSEN (2013:14) y muy recientemente y bastante completo CAFAGGI, F. (2017): «Transnational Private Regulation: Regulating Private Regulators», CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 212-242, por citar sólo algunos de entre muchos. Este último autor incluso propone la noción de «*meta-reguladores*», parece que para referirse a las entidades que aquí denominamos ciudadanos corporativos, es decir, aquellas entidades inter o supranacionales que establecen normas comunes de regulación que a su vez son seguidas por los reguladores nacionales: «*International organizations, prompted by their Member States and their national industries, have promoted the coordination of private regulators in different forms. They have encouraged the regulated entities to meet in fora or roundtables and have generated schemes that range from common rules to equivalence principles. They have participated in the drafting processes together with private actors. Their persuasiveness generally does not depend on a threat to legislate in case of inaction; rather, international organizations can provide legitimacy and effectiveness to common rules*» (p. 215) La cuestión es si estos sujetos son los adecuados para establecer una democracia y justicia globales, tal y como se pregunta CASSESE (2009:155 y ss.). La respuesta, naturalmente, es que no, pero sí que son sujetos necesarios para el desarrollo sano de un mercado global, también jurídico, que no debe ser condenado *a priori*, sino controlado en sus límites -no delimitado- por parte del Estado mediante su sistema judicial. El ciudadano corporativo, por tanto, no debe ser recibido con desconfianza *a priori* sino todo lo contrario, respetado en cuanto que cumple una importante función en el mundo global, la autoorganización del mercado, siendo sometido a control *a posteriori*, tal y como proponemos mediante el procedimiento de legitimación.

función normativa *de facto*²²². Primero de todo, las organizaciones internacionales (como la OMC, que es el ejemplo por excelencia, pero también otras como la OIT o la FAO) que tienen una naturaleza jurídico-pública en Derecho Internacional, por ser constituidas mediante tratados internacionales y ser sus miembros Estados. En segundo lugar, las entidades privadas que asumen la función de la creación normativa, a menudo no se constituyen por tratado internacional sino por meros acuerdos entre los participantes, si es que están escritos, que tienen naturaleza privada y en las que pueden tomar parte tanto Estados o sus órganos especializados en alguna materia como entidades puramente privadas, o sólo éstas. De éstas pueden distinguirse aún dos categorías (de ahí las tres de las que hablábamos antes) las que se constituyen formalmente y las que se constituyen meramente *de facto*. El ejemplo más relevante de las primeras es probablemente la ISO (*International Organization for Standardization*), la organización privada para la estandarización de las normas internacionales. De entre las entidades *de facto*, el más célebre ejemplo es el Comité de Basilea. Estas entidades privadas (o no estatales) pueden constituirse de cualquier forma (incluyendo cualquiera de Derecho privado, siempre del foro en el que se constituyen, comprensiblemente) y pueden tener cualquier sede (aunque curiosamente muchas de ellas se concentran en Suiza). Por último, las sociedades privadas (aunque sean sociedades nacionales de determinados Estados) entran igualmente bajo este concepto, tanto aquellas que se

²²² Una crítica previsible a la idea de «ciudadano corporativo» puede señalar que representa lo que podría denominarse un «oxímoron democrático», en el sentido de que sujetos cuya personalidad jurídica es constituida por el propio ordenamiento jurídico (cosa, por cierto, errónea conceptualmente, porque ningún sujeto de Derecho objetivo ostenta personalidad natural y meramente declarada, sino que todos, sujetos físicos y sujetos constituidos bajo el *ius societatis*, ostentan una personalidad jurídica constituida por el propio ordenamiento, pues no existe una juridicidad «natural», y de ahí el error en la expresión de la dualidad personas físicas-personas jurídicas en el Derecho español) no pueden ostentar derechos políticos equivalentes a los de las personas físicas. Hay razones, sin embargo, para reconocerles status de ciudadano autoconstitutivo a nivel supranacional, de manera que tal «oxímoron democrático» sólo sería cierto dentro del territorio del Estado (en este nivel, como veremos, nace la expresión, en concreto, en el Derecho penal norteamericano, precisamente para someter a las personas jurídicas a la responsabilidad penal). La participación tanto de sujetos persona física como de sujetos corporativos a nivel supranacional viene siendo ya reconocida en la doctrina, por ejemplo en SASSEN, S. (2003): «The participation of States and Citizens in Global Governance», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 10, n. 5, pp. 5-28: «Second, I add to this the granting by national states of a whole range of "rights" to foreign actors, largely and especially economic actors-foreign firms, foreign investors, international markets, and foreign business people. Admittedly, this is not a common way of framing the issue. It comes out of my particular perspective of the impact of globalization and denationalization on the national state, including the impact on the relation between the state and its own citizens, and the state and foreign actors. I see this as a significant, though not much recognized, development in the history of claim-making. For me, the question of how citizens should handle these new concentrations of power and "legitimacy" that attach to global firms and markets is a key to the future of democracy. Detecting the extent to which the global is embedded and filtered through the national (e.g. the concept of the global city, and the issues discussed in the first section here) is one way of understanding whether a possibility lies therein for citizens, still largely confined to national institutions, to demand accountability of global economic actors through national institutional channels, rather than having to wait for a "global" state» (2003:28). Por tanto, indudablemente, el problema existe, pero precisamente esto es lo que intentamos resolver con la conceptualización, el sometimiento de estos ciudadanos corporativos al control del Estado constitucional de Derecho. De nuevo, como sucede con las propias normas privadas supranacionales, la afirmación del problema o aporía democrática no es suficiente, por sí sola, para resolverla, y la ignorancia deliberada (legislativa y dogmática) de esta realidad sólo sirve para permitir su expansión incontrolada.

constituyen con un fin de interés público y sin ánimo de lucro -caso clásico de las ONG²²³- como las que tienen un ánimo de lucro claro, incluyendo las mismas multinacionales²²⁴.

Consecuentemente, la cuestión estriba en abstraer una categoría para todas estas entidades, si es que todas ellas deben englobarse bajo el mismo paradigma. La tradición del análisis desde las Relaciones Internacionales y el Derecho Internacional Público impone una distinción tajante entre Organizaciones Internacionales, Organizaciones No Gubernamentales y empresas multinacionales. Las primeras serían la proyección (sectorial) en el plano institucional de la Sociedad Internacional, consolidando las diferencias de poder entre los Estados miembros de éstas; las segundas, todo grupo o asociación constituido por particulares de diferentes Estados con la finalidad de alcanzar objetivos no lucrativos; y las terceras, aquellas sociedades capitalistas pertenecientes a determinados Estados pero que, en virtud de

²²³ No se debe infravalorar la posición de las organizaciones no-gubernamentales en el Derecho Global, a pesar de que, como sabemos, éste tenga habitualmente un carácter económico. Se ha subrayado especialmente el papel de estos ciudadanos corporativos (en nuestra terminología) en el desarrollo global de los Derechos Humanos, el respeto a los cuales será fundamental luego para la aplicabilidad objetiva de la norma privada supranacional a través del control de principios constitucionales, como veremos más adelante. Así, se ha subrayado sobre la actividad global de las organizaciones no gubernamentales en defensa de los Derechos Humanos que «*Given the informal and episodic character of most of the NGOs' practice of intervention to ensure respect for human rights, one may wonder why governments care so much about their activities. Despite its apparently dispersed nature, the power held by NGOs in the production and implementation of human rights is an effective instrument for a variety of reasons. The first, perhaps obvious, one is that any government, whether dictatorial or democratic, would be seriously damaged were it to be established that, by acting 'tyrannically towards its citizens, it violates the basic trust which permits it to continue ruling' (WEISSBRODT, 1984:410 [no 1988]). Second, by disclosing violations of human rights NGOs may activate, directly or indirectly, different kinds of legal remedies which ultimately affect the violator's interests. Third, and perhaps most importantly for our purposes, the spread of information concerning a state's poor record in respecting human rights standards creates an aura of hostility and widespread negative attitude towards it, regardless of its formal participation in international treaties or of the formal value of the standards. The distinction between binding and non-binding law is blurred, and by the communicative process activated by the NGOs the conduct of States is assessed in terms of the binary code legal/illegal regardless of any breach of international law obligations*» BIANCHI, A. (1997): «Globalization of Human Rights: The Role of Non-State Actors», en TEUBNER, G. (1997a), pp. 179-212, p. 191. Vid. también WEISSBRODT, D. (1984): «The contribution of international non-governmental organizations to the protection of human rights», en MERON, T. (ed.) *Human Rights in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 403-438.

²²⁴ Las multinacionales son reiteradamente señaladas como responsables de la creación de un (des)orden jurídico global, pero como venimos sosteniendo no son los únicos actores globales. Sin embargo, sí que constituyen el mayor motor privado de la globalización, también jurídica. La idea es que un grupo multinacional, o en ocasiones varios, ejercen el papel de *industry leader*, marcando las pautas, no sólo de comportamiento económico, sino de estructuras normativas, de todo su sector. Se ha dicho de ellas, con bastante exactitud, por ejemplo, lo siguiente: «*There is little doubt that Multinational Enterprises (MNEs) have been, and continue to be, actively involved in the generation of legal standards applicable to their respective markets and industries. As stated in the introduction, the ability to influence the nature and content of commercial legal obligations is an aspect of market power. It is highly likely that the most common commercial obligations recognized in a particular market will be those that have been laid down by the leading firms or individuals. This proposition reaches its fullest expression in markets dominated by standardized contracts. These may be no more than the form of contract used by the market leader which becomes the industry standard over time. Alternatively, such contracts may be an agreed model developed out of the customs and practices of several actors. This form of standard contract is often the result of efforts at standardization undertaken by a trade or professional association. Contractual standardization in areas of international business displays both approaches*», MUCHLINSKI, P.T. (1997): «“Global Bukowina” Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-making Community», en TEUBNER, G. (1997a), pp. 79-108, p. 86. El autor pone además como ejemplo el sector marítimo (por ejemplo, seguros) al que también nosotros hacemos referencia a lo largo del presente estudio.

un análisis económico y movidas por la maximización del beneficio, persiguen un modo de explotación y de distribución de los recursos en virtud de una racionalidad global y transfronteriza, constituyendo un poderoso agente de transformación de las estructuras económicas y sociales y tendiendo a realizar la unidad²²⁵ del mercado mundial²²⁶. Ni que decir tiene que este triple análisis es deudor, primero de una concepción liberal clásica de la soberanía, pero también sin duda de un análisis económico marxiano. En realidad, ambos pueden considerarse superados para la comprensión actual de la realidad política, económica y jurídica global. Ni puede seguir afirmándose con absoluta contundencia que las organizaciones internacionales sean meros aparatos pluri-estatales para el ejercicio del poder público internacional (pues han ganado una importante independencia en sus actuaciones), ni el hecho cierto de que las multinacionales constituyan «la ilustración más característica del desarrollo de la economía capitalista»²²⁷ permite descalificarlas *a priori* y sin más²²⁸. Sobre todo porque el ejercicio del poder por parte de las tres entidades, en la medida en que no se sujete a una estructura de poder estatal-territorial, deberá considerarse esencialmente supranacional y por tanto global. Esto es lo que justifica un tratamiento conjunto de las tres, bajo el paradigma del ciudadano corporativo.

²²⁵ En este sentido, se ha dicho que «*The transnational relationships which demolish borders and sovereignties thus unite the study of power at the national and international levels, and lead to the discovery of the existence of one unifying capitalist global system*» (ROBÉ, J.P. (1997): «Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order», en TEUBNER, G. (1997a), pp. 45-78, p. 69) y que «*The real problem which derives from this particular division of power is precisely the one of the diversity of the goals pursued and of their coordination*» (ROBÉ, 1997:70). Como puede verse, es una caracterización común ver en el problema una contraposición de intereses político-económicos, que sin duda alguna existe; pero hay que descender también a la construcción jurídica propiamente dicha que permita dar consistencia al ejercicio de poderes por parte de estas entidades.

²²⁶ MERLE (1980:315, 338 y 357, respectivamente). Por cierto que tiene de nuevo interés esta cita de un Tratado clásico en materia de la Sociología de las Relaciones Internacionales, en dos extremos: en primer lugar, porque las problemáticas ya comenzaban a esbozarse hace cuarenta años, pero sin la conceptualización jurídica que nosotros ahora proponemos y en segundo lugar, precisamente porque es curioso que este análisis que mezcla elementos clásicos y post-marxistas puede considerarse superado por la propia realidad de nuestro contexto político-jurídico, y sin embargo es todavía hoy recurrente.

²²⁷ MERLE (1980:357).

²²⁸ El propio autor intuye ya el fenómeno de lo global cuando contrasta el papel de las multinacionales en los siglos XIX y XX como instrumentos nacionales de la colonización con su papel actual. En aquel caso, estas compañías actuaban al albur de las poderosas voluntades de los Estados-Metrópolis, y podían incluso no dejar nunca de ser empresas nacionales, precisamente porque los territorios coloniales, de diferente naturaleza en Derecho Internacional en cada caso, estaban eso sí bajo el control del Estado colonial. Recuérdese, de nuevo, que el fenómeno del poder subjetivo supranacional se manifiesta en sus primeros términos a través de las Compañías de comercio de los siglos XVI y XVII. Sin embargo, proliferan actualmente no sólo las multinacionales, sino también otras entidades privadas (singularmente, asociaciones sectoriales de corporaciones) que, bien por formar parte de conglomerados societarios sin un centro concreto, bien sencillamente debido a su poder supranacional, en las que se puede afirmar que «*en un caso de este género, el carácter nacional de las sociedades que constituyen el grupo se esfuma ante la existencia de un poder directivo que representa una entidad específica, independiente de todo lazo estatal*» (MERLE, 1980: 371; el autor toma como referencia el ejemplo de UNILEVER).

Renunciamos por tanto a separar las normas emanadas de las organizaciones internacionales y las de las entidades privadas (aunque en ellas participen Estados o sus órganos internos). Es cierto que las primeras podrían ampararse bajo diferentes categorías de Derecho Internacional Público. Pero también es cierto que la categoría concreta del Derecho Internacional bajo la que deben incluirse una recomendación del FMI o una resolución del Órgano de Apelaciones de la OMC no ha sido creada²²⁹. En resumen, necesitamos igualmente una categoría normativa para amparar las normas de las organizaciones internacionales, al producirse estas normas fuera del control directo de los propios Estados miembros de aquéllas, como voluntad normativa autónoma de aquéllas organizaciones. En este punto, *de facto*, no se distinguen en nada de las entidades privadas supranacionales. De ahí que, siendo las normas de naturaleza similar, deba serlo también el sujeto autor conceptualmente construido.

Es ya una evidencia innegable la proliferación de normas emanadas de organismos no estatales, cuyo mayor óbice es su legitimidad. Unas son organizaciones internacionales propiamente dichas: su ejemplo paradigmático -ya lo hemos dicho- es la OMC²³⁰. Otras son, sencillamente, empresas privadas. En las primeras, se podría intentar trazar alguna conexión de legitimidad pública, precisamente por el fundamento jurídico-público que las constituye (la voluntad de los propios Estados). Pero eso no resolvería el problema: las normas emanadas de las propias Organizaciones Internacionales no son en ningún caso normas del Estado mismo, y de hecho entran habitualmente en conflicto con las normas internas del Estado y perjudican sus políticas. En este sentido, la propia OMC tiene una larga trayectoria de crear normas (o imponer decisiones de carácter normativo) que entran en conflicto con las normas internas de sus Estados miembros, habitualmente en materia de medio ambiente.

Pero es que a estas organizaciones internacionales debemos sumar las entidades privadas, cuya tipología es muy diversa, tanto que no podemos abordarla en este momento, ni siquiera

²²⁹ Sobre las Organizaciones Internacionales como poderes globales en general vid. FERNÁNDEZ LIESA, C. (2017): «Gobernanza y desgobierno de las organizaciones», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.) (2017): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: : libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 1, Tomo 1, pp. 95-114. Vid. igualmente AMAN, A.C. (2017): «Globalización, Derecho transnacional y desnacionalización», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.) (2017): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: : libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 1, Tomo 1, pp. 79-94.

²³⁰ Sobre la OMC, vid. fundamentalmente FERNÁNDEZ EGEA, M. R. (2008): *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid: Marcial Pons; JACKSON, J.H. (1990): *Restructuring the GATT System*, Council on Foreign Relations Press; GÖTTSCHE, G.J. (2005): *Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz*, Berlin: Duncker & Humblot.

aproximativamente. Digamos eso sí que conviven desde grandes asociaciones de empresas de un mismo sector, hasta organismos independientes de autorregulación a los que se someten los sujetos privados o incluso puras multinacionales, organizadas en grupos de empresas de diferente estructura. Se ha denominado a estos entes de diversas formas: corporaciones transnacionales²³¹, sujetos privados que ejercen poder público²³², etc. En nuestra opinión, tales sujetos tienen mucho que ver con la autorregulación de sectores ya examinada por LUHMANN desde su teoría de sistemas sociales autorreferenciales, de manera que es un sistema social sectorial (v.gr. actividades profesionales como las financieras, industriales, culturales u otras) el que genera los sujetos autorreguladores del sistema, que a su vez emanan las normas jurídicas supranacionales²³³.

Por tanto, podemos concluir que las entidades privadas internacionales ostentan una posición prominente en la que podríamos llamar «sociedad supranacional», a su vez dividida en muchos sistemas sociales sectoriales. Y esta posición es cualificada, mucho más fuerte que la del ciudadano del Derecho administrativo. Esa posición, que hemos conceptualizado como la del ciudadano corporativo, tiene una naturaleza propia, que excede con mucho las posibilidades de la ciudadanía tradicional. La relación Estado-ciudadano se ve superada por una completa interdependencia entre ambos, en la que el ciudadano corporativo puede asumir funciones con relevancia jurídico-pública propias del Estado y la Administración. Esta «ciudadanía corporativa global» no puede identificarse con el modelo propio del Estado Liberal. Ésta era una ciudadanía-relación jurídica entre el Estado y el ciudadano. Pero la ciudadanía corporativa global es una ciudadanía-institución: el ciudadano corporativo es autoconstitutivo, en la que son los participantes los integrantes institucionales de su propia sociedad. El carácter autoconstitutivo del ciudadano corporativo se corresponde con la naturaleza autorreferencial de su sistema social: el sistema existe y se regula autónomamente, de manera que sus ciudadanos son sus propios poderes. De ahí que pueda hablarse de un ciudadano corporativo, que aparenta ser un «*oxímoron democrático*»: el ciudadano corporativo, como persona jurídica constituida en el Derecho de un Estado concreto es un ciudadano-administrado más de ese Estado: aquí no hay oxímoron. Pero, al mismo tiempo, en tanto que

²³¹ MIR PUIGPELAT (2004:32).

²³² Y no siempre formalizado, de hecho habitualmente no formalizado, de ahí nuestro disenso con ESTEVE (2015a:33). Así, no puede identificarse el ciudadano corporativo con un mero sujeto privado habilitado por la Administración, como uno de los *Beliehne* del Derecho Administrativo Alemán (de nuevo vid. sobre esto ESTEVE, 2015a:95).

²³³ Sobre esto vid. ESTEVE (2015a:53).

sujeto de un sistema social sectorial y autorreferencial, es constitutivo de tal sistema y por ende del supersistema jurídico-económico supranacional o global. El reconocimiento de la condición de ciudadano supranacional de los ciudadanos corporativos debe conllevar, naturalmente, la atribución de derechos y deberes jurídico-públicos en el ejercicio de su actividad.

La respuesta más adecuada a esta problemática, que se inscribe en un proceso de creciente toma de poder de la entidades privadas a nivel supranacional, pasa por afirmar uno de los fundamentos esenciales del Derecho Global: la hibridación entre Derecho público y privado. De esta forma, tanto las normas emanadas de las Organizaciones Internacionales como aquellas dictadas por entidades privadas o de mero facto tienen la misma naturaleza: normas privadas dictadas en ejercicio de una función de relevancia jurídico-pública²³⁴.

Entonces, ¿qué unidad puede haber entre todos estos entes? No hay que entrar en confusiones sobre su distinta naturaleza jurídico-privada. En todo caso, esa sería tarea del Derecho privado, y aún cabría preguntarse del Derecho privado de qué ordenamiento jurídico determinado (sería, en todo caso, del de su constitución). Ahora bien, a efectos del Derecho público, el problema es más sencillo: tan pronto como haya un sujeto capaz de crear normas, hay un sujeto al que hay que categorizar, y someter a control, para que sus normas puedan ser aplicadas territorialmente con garantías. Esas garantías son al menos el respeto a los derechos fundamentales y el orden público interno del Estado en el que se pretenden aplicar, entre otros que desarrollaremos más tarde. Las características comunes de todas estas

²³⁴ Se ha calificado también el fenómeno como el nacimiento de «la sociedad de las organizaciones», en cuyo modelo son estas las que tienen un mayor poder tanto social y económico como fundamentalmente tecnológico, y son por tanto capaces de alterar con su preeminencia el conjunto del sistema jurídico. Vid. LADEUR, K.H. (2011b): «The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law», *Comparative Research in Law & Political Economy*, Research Paper, n. 16/2011, pp. 1-55.

entidades, por tanto, son tres: son privadas, ejercen una función normativa *de facto* de relevancia jurídico-pública y ejercen su actividad en un plano supraterritorial²³⁵.

La pregunta es, qué concepto común podemos formar con estas características. El ámbito del Derecho penal patrimonial y económico ha dado una respuesta en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que bien podemos traer aquí. Para justificarla, el argumento que trae de la doctrina norteamericana ancla la responsabilidad en el reforzamiento de la posición pública de las sociedades, y el papel que vienen ejercitando en el Derecho moderno. Sin pretender equiparar el estatus de las sociedades al de los ciudadanos, sí reconoce a las personas jurídico-privadas un mínimo de ciudadanía, el suficiente como para ser titular de derechos, sí, pero también de importantes obligaciones y de someterse a la

²³⁵ Hablamos de supraterritorialidad en el entendido de que se toma el término en el sentido habitual como un nivel desterritorializado de ejercicio de funciones, en oposición a territorial, que es el poder que se ejerce sobre un territorio concreto. Supraterritorial no significa necesariamente que la entidad privada tenga que estar establecida en diferentes territorios, sino simplemente que ejercita su poder a un nivel carente de territorialidad, y que luego sus normas son potencialmente aplicables en cualquier territorio. Por ejemplo, una multinacional establecida en más de cien países puede dictar normas aplicables a todos sus franquiciados, auténticas normas regulatorias controlables por el Derecho público, y desde luego estará ejercitando una potestad supranacional. Pero también la ejerce una empresa establecida sólo en el territorio de un Estado, pero que dicta normas aplicables a la elaboración de sus productos, y que se dirigen por igual a los empleados encargados de la fabricación del producto o a los proveedores en cualquier país del mundo. Semejante ejercicio de potestades no puede reducirse a directrices laborales, por ejemplo (desde luego, no son normas que se apliquen sólo a los trabajadores) y es puramente supraterritorial, porque no es producción normativa desarrollada en ningún territorio en concreto, sino una actividad normativa autónoma de una entidad privada que podrá ser aplicado igual a una fábrica en el Estado en el que se constituyó la sociedad o a un proveedor en cualquier otro Estado, por ejemplo. Ambos ejemplos son iguales, son supuestos de producción normativa en la que el factor territorio es irrelevante, es decir, genuinamente supraterritorial.

responsabilidad administrativa y penal propia de los ciudadanos persona física. Nace así el concepto de ciudadano corporativo²³⁶.

El ciudadano corporativo del Derecho Global no es un ciudadano de un Estado²³⁷. Es ciertamente un ciudadano incorporado como sociedad o inscrito en un Registro de sociedades o asociaciones según el Derecho del Estado en el que se haya constituido en cada caso. Y también es un sujeto perteneciente a una determinada cultura jurídica. De momento, examinemos qué significa el concepto de «ciudadano» y «corporativo».

El status de ciudadanía (que no podemos examinar aquí) ha implicado tradicionalmente una posición pasiva para el ciudadano respecto de la Administración. Esta situación cambia cuando el ciudadano evoluciona desde su posición de mero administrado en el Derecho administrativo del Estado liberal, al de ciudadano activo ante la Administración. En el caso de las personas físicas, aisladas y con escaso poder ante la autoridad administrativa, son las leyes de procedimiento las que colman el papel de protección, otorgándoles derechos y facultades (motivación de los actos, derecho de audiencia, incluso participación pública en la

²³⁶ El «Buen Ciudadano Corporativo» (derivado del americano *Good Corporate Citizen*) es un modelo válido para el Derecho penal, cuya estructura tampoco queremos reproducir aquí. Se trata más bien de que el reconocimiento de ese mínimo de ciudadanía a las personas jurídico-privadas sustente nuestro propio concepto de ciudadano corporativo, de manera que podamos convertir al ciudadano corporativo del Derecho Administrativo Internacional o Global en centro de imputación de funciones jurídico-públicas, y por tanto someterle a los mecanismos de control propios del Derecho público. Sobre el concepto de Buen Ciudadano Corporativo en Derecho penal económico trata ampliamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2005): *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons, pp. 249 y ss. e igualmente en HEINE, G.; LAMPE, E. J.; LAUFER, W. S.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; STRUDLER, A. (2010): *Modelos de responsabilidad de las personas jurídicas: Propuestas globales contemporáneas*, Lima: Ara Editores, pp. 170 y ss. Sí que es interesante decir que este concepto nace en el ámbito del *compliance*, es decir, del sometimiento al control regulatorio público y el control interno de la eficacia de éste, cuya justificación habitualmente reduce las sanciones de las personas jurídicas que son castigadas por infracciones administrativas o penales. De ahí que el concepto pueda tener una proyección mucho más amplia que la meramente penal, a pesar de que en este trabajo no abordamos -en principio- un ámbito puramente sancionador, lo que no significa que no haya normas privadas supranacionales que no tengan tal carácter. Como bibliografía general, vid. LOCKE, R.M. (2002): «Note on Corporate Citizenship in a Global Economy», *MIT Working Paper series*, IPC-02-008; CARROLL, A.B. y SHABANA, K.M. (2010): «The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice», *International Journal of Management Reviews*, v. 12, n. 1, pp. 85-105; MOON, J., CRANE, A., MATTEN, D. (2005): «Can corporations be citizens? Corporate Citizenship as a Metaphor for Business Participation in Society», *Business Ethics Quarterly*, n. 15, pp. 429-453; BANERJEE, S. B. (2008): «Corporate social responsibility: The good, the bad and the ugly», *Critical Sociology*, v. 34, n. 1, pp. 51-79; SCHWAB, K. (2008): «Global Corporate Citizenship: Working With Governments and Civil Society», *Foreign Affairs*, v. 87, n. 1, pp. 107-118; GARDBERG, N.A. y FOMBRUN, C.J. (2006): «Corporate Citizenship: Creating Intangible Assets Across Institutional Environments», *Academy of Management Review*, v. 31, n. 2, pp. 329-346.

²³⁷ Concluyendo que el ciudadano corporativo no es más que una persona jurídica privada de un Estado concreto, vid. GARCÍA-TREVÍJANO (1974:I,315), en referencia sobre todo a las corporaciones internacionales (supranacionales) deportivas y sus reglamentos. La complejidad actual del fenómeno, sin embargo, aconseja superar este planteamiento para asumir que estas entidades son, realmente, poderes privados supraestatales, aunque lógicamente pueden aparecer -y no siempre- constituidas formalmente como entidades de Derecho privado de un Estado en particular.

elaboración de los Reglamentos). Queda además abierta la vía de la Justicia administrativa, ejercitable mediante el recurso contencioso-administrativo.

El ciudadano corporativo goza de los derechos propios del ciudadano en Derecho administrativo que pudieran predicarse de las personas jurídicas, que son probablemente la mayoría. El ámbito de los derechos administrativos no es en este aspecto tan complejo y polémico como el de los derechos constitucionales, y en general puede decirse que las personas jurídicas tienen una posición asimilable a la de los ciudadanos persona física. Pero el ciudadano corporativo supranacional, además, ejerce de facto funciones de relevancia jurídico-pública que no están en manos de los ciudadanos individuales. La más importante de ellas es la que estudiamos en el presente trabajo: la función normativa. Otra de estas funciones que los ciudadanos corporativos pueden asumir -como veremos en el caso del arbitraje internacional- es la función de control²³⁸.

²³⁸ Se podría plantear, a propósito de esta actividad «no convencional» o no meramente empresarial del ciudadano corporativo, si esta guarda relación -especialmente teniendo en cuenta su función en la regulación de ámbitos técnicos y científicos y su relación potencialmente conflictiva con los derechos fundamentales- con la llamada Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Esta parece ser la sugerencia de HERDEGEN, M. (2014): *Internationales Wirtschaftsrecht*, München: Beck, 10ª ed.; versión española en (2003): *Derecho Económico Internacional*, Pamplona: Civitas, p. 67, que aborda el poder transnacional de los negocios privados a partir de la *corporate social responsibility*. La RSC se definiría como «el compromiso voluntario de las empresas con el desarrollo de la sociedad y la preservación del medio ambiente, desde su composición social y un comportamiento responsable hacia las personas y grupos sociales con quienes interactúa», vid. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS (AECA) (2004): «Marco conceptual de la responsabilidad social corporativa», *Documentos AECA, Serie Responsabilidad Social Corporativa*, Documento número 1, Madrid, 21; MÉNDEZ PICAZO, M.T. (2005): «Ética y responsabilidad social corporativa», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n. 823, pp. 141-150, p.146 y FERNÁNDEZ LIESA, C. y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E. (2018): *Empresas y Derechos Humanos*, Pamplona: Aranzadi. Este concepto se presenta a veces con un talante extremadamente crítico, como una legitimación conceptual de una conducta asistencial que busca como objetivo final ocultar determinadas violaciones de derechos humanos, laborales, ambientales, etc. En este sentido, vid. MESEGUER SÁNCHEZ, V. (2018): *Derecho, RSC e innovación: retos del siglo XXI: El caso de la 'Société Minière et Métallurgique de Peñarroya en la Bahía de Portmán': una relectura a la luz del Derecho y la RSC*, Valencia: Tirant lo Blanch, y también MESEGUER SÁNCHEZ, V. y AVILÉS HERNÁNDEZ, M. (dirs.) (2016): *Empresas, Derechos Humanos y RSC: Una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. Nosotros, sin embargo, rechazamos tanto esta visión catastrofista como una idealización de la llamada responsabilidad social corporativa que, por otra parte, tiene relación sólo tangencial con nuestro tema de estudio. En primer lugar, porque nosotros no estudiamos aquí estrictamente la función social global de las empresas, sino de los que llamamos ciudadanos corporativos, que incluyen a las empresas, sí, pero también a muchos entes de diferente naturaleza, algunos ni siquiera constituidos formalmente. Y en segundo lugar, porque aquí nos centramos en el estudio de una función de relevancia jurídico-pública, la función normativa y no en una visión holística de la función social de la empresa. Ahora bien, es indudable que en muchas normas supranacionales se incorporan objetivos de responsabilidad social corporativa, como por ejemplo en las normas supranacionales sobre «Centros de Control de Calidad Nestlé» (*Nestlé Quality Control Centres-NQCC*) o la «Iniciativa Agrícola Sostenible» (*Sustainable Agriculture Initiative-SAI*) de Nestlé y Unilever, y los códigos de BPA para el cultivo del café (*Código Común para la Comunidad del Café*). Sobre el fenómeno más concreto de la Inversión Socialmente Responsable como ejemplo de estas políticas, vid. AVEZUELA CÁRCEL, J. (2018): «Una breve introducción a la denominada inversión socialmente responsable (ISR)», en GALERA, S. (dir.): *Políticas Locales de Clima y Energía: Teoría y Práctica*, Madrid: INAP.

4. Ejemplo. OCDE: rasgos generales

De entre las organizaciones internacionales que aparecen con mayor frecuencia en el ámbito del Derecho Global, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Organisation for Economic Co-operation and Development*, OECD por sus siglas en inglés) tiene un papel particularmente destacado²³⁹. Nos interesa sobre todo como ejemplo de Organización Internacional que entra en el ámbito del Derecho Global, y que por tanto puede ser considerada en determinados supuestos como ciudadano corporativo. Es un caso muy similar al de la OMC, que sin embargo está aún más estudiado.

Según sus propios datos, la OCDE viene ligada a la aplicación del *Plan Marshall* en Europa²⁴⁰. El Derecho Global del desarrollo no se limitaría a esta institución, sin embargo, pudiendo ampliarse a otras, como el Banco Mundial²⁴¹. También sabemos que viene ligada a la Escuela del *Law and Development*, que es necesario distinguir del Derecho objetivo Internacional -y Supranacional- del Desarrollo²⁴².

La OCDE es también un ejemplo clásico del establecimiento de redes inter y supranacionales de cooperación al desarrollo. Como ejemplo de punto de inflexión se ha situado la Conferencia de Monterrey de 2002²⁴³. Las propias Naciones Unidas subrayan el carácter supranacional de tal encuentro, y nos muestran un ejemplo claro de superación del nivel

²³⁹ Vid. en general DANN, P. (2007): «Grundfragen eines Entwicklungsverwaltungsrechts», en MÖLLERS, C., VOSSKUHL, A. y WALTER, C (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 7-48, SLAUGHTER (2004:143), HERDEGEN (2014:70) y HEIDEMANN (2019:223).

²⁴⁰ «*The Organisation for European Economic Cooperation (OEEC) was established in 1948 to run the US-financed Marshall Plan for reconstruction of a continent ravaged by war. By making individual governments recognise the interdependence of their economies, it paved the way for a new era of cooperation that was to change the face of Europe. Encouraged by its success and the prospect of carrying its work forward on a global stage, Canada and the US joined OEEC members in signing the new OECD Convention on 14 December 1960. The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) was officially born on 30 September 1961, when the Convention entered into force*» (vid. <http://www.oecd.org/about/history/>).

²⁴¹ Por ejemplo, vid. el control -funciones normativa e inspectora- que ejerce en la actividad de ejecución de sus préstamos en *Mumbai Urban Transport Project (IBRD Loan No. 4665-IN; IDA Credit No. 3662-IN)*, *Investigation Report* de 21 de diciembre de 2005, disponible en <http://documents.worldbank.org/curated/en/645491468283447968/pdf/34725.pdf> y comentado en DELLA CANANEA (2016:115).

²⁴² DANN (2007:9). La doctrina del *Law and Development* ha tenido un importante desarrollo en la doctrina norteamericana desde los años 60. A grandes rasgos, puede asociarse también al propio *Plan Marshall*, y trata de estructurar una teoría jurídica que justifique las relaciones existentes entre Derecho y desarrollo, fundamentalmente en el sentido de progreso económico. Sobre esto vid. DAVIS, K. y TREBILCOCK, M. (2008): «The Relationship between Law and Development: Optimists vs. Skeptics», *Amer. J. Comp. L.*, n. 56, p. 895 y ss., YONG-SHIK, L. (2017): «General Theory of Law and Development», *Cornell International Law Journal*, 50, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2951317> y YONG-SHIK, L. (2019): *Law and Development: Theory and Practice*, London: Routledge.

²⁴³ Vid. <http://www.un.org/es/conf/ffd/2002/pdf/ACONF1983.pdf> y DANN (2007:17).

internacional de relación. Así, esta Conferencia -aunque aún llamada oficialmente «Internacional»- habría destacado por reunir por primera vez a cuatro partes actoras: Estados, sociedad civil, empresas -fundamentalmente bancos- e instituciones del ámbito del desarrollo²⁴⁴. La red de cooperación que dio como resultado el documento final se estructura en tres niveles: reuniones trianuales de alto nivel en las que participarían Ministros y sus equivalentes en instituciones no estatales; un foro de discusión permanente compuesto por funcionarios de alto nivel, el *Working Party on Aid Effectiveness*; y diferentes grupos técnicos de trabajo dentro de la estructura del anterior. En el documento final se señalan como medidas a adoptar la movilización de recursos financieros nacionales e internacionales para el desarrollo, incluyendo la movilización de capitales privados; el comercio internacional como promotor del desarrollo y el aumento de la cooperación financiera y técnica internacional para el desarrollo, así como diferentes medidas sobre la deuda externa y lo que llama «cuestiones sistémicas», el fomento de la coherencia y cohesión de los sistemas financieros, monetarios y comerciales.

Un ejemplo de normas de *soft law*, aunque en este caso estatal y administrativo, nos lo ofrece el autor de la monografía de referencia en materia de *Law and Development*, refiriéndose a las políticas que los gobiernos de Japón y Corea han adoptado en determinados periodos de desarrollo económico posteriores a la II Guerra Mundial²⁴⁵. Estas políticas se desarrollaban en gran parte mediante normas administrativas que carecían de carácter vinculante²⁴⁶, por lo que desde un enfoque positivista no debieron tener reconocimiento jurídico alguno (o como afirma el autor, faltaba la *opinio iuris*). Sin embargo, y este es un interesante apunte del citado autor -él mismo de origen coreano- parece ser que dichas normas encontraron gran aceptación entre la población civil, debido principalmente al arraigo cultural de la obediencia al poder instituido y de determinadas conductas habitualmente prescritas por formas sociales de normación no formal, que consistirían básicamente en buenos usos y costumbres aplicados sistemáticamente y a nivel nacional en la ejecución de políticas públicas de desarrollo económico. Es tentador introducir esta «obediencia social» al Derecho objetivo no formal

²⁴⁴ «La Conferencia de Monterrey también señaló el primer intercambio cuatripartito de opiniones entre gobiernos, la sociedad civil, la comunidad empresarial y las partes interesadas institucionales sobre cuestiones económicas mundiales. Intervinieron en estas deliberaciones más de 800 participantes en 12 mesas redondas separadas. Los copresidentes de las mesas redondas -Jefes de Gobierno, los jefes del Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio y los bancos de desarrollo regionales, al igual que los ministros de hacienda, comercio y relaciones exteriores - prepararon resúmenes de las principales ideas planteadas en las deliberaciones» (<http://www.un.org/es/conf/ffd/2002/>).

²⁴⁵ YONG-SHIK (2017:424).

²⁴⁶ *Haeng-Jung Ji-Do* en coreano y *Gyō-Sei Shi-Dō* en japonés (nota del autor).

como una justificación de la vinculatoriedad de las normas privadas. De todas formas, este caso, por su contexto cultural y naturaleza de las normas emanadas (siempre normas de *soft law*, pero públicas) sirve para aportar elementos de juicio de interés al Derecho Global y sus normas privadas supranacionales, pero parece claro que en éstas seguirá prevaleciendo una obediencia fundada en una concepción iusprivatística europea: el interés económico subyacente a las normas privadas supranacionales y la autonomía de la voluntad que justifica su recepción subjetiva.

5. Ejemplo. OCDE: Las guías de conducta

Pues bien, la OCDE ha emitido unas «guías» de conducta para empresas multinacionales²⁴⁷, que se declaran a sí mismas meras «recomendaciones» pero que son perfectamente asimilables a normas privadas supranacionales -con el fin de regular a otros ciudadanos corporativos, las multinacionales mismas-. En estas *Guidelines for multinational enterprises*, que consisten tanto en una norma genérica como en diversas enfocadas en regular sectores específicos, especialmente en lo que respecta a reglas de *due diligence* y canales de distribución²⁴⁸, la OCDE establece un grupo de principios universales de los ciudadanos corporativos multinacionales en el ejercicio de su actividad económica. Merece la pena reproducirlos; pero antes, hay que advertir que, aunque son un intento sólido de constituir unos «principios constitucionales globales», se dirigen exclusivamente a las citadas empresas multinacionales (que no agotan todos los supuestos de ciudadano corporativo) y regulan más su actividad económica que el ejercicio de su poder normativo. Dicho todo lo cual, son una referencia importante. Los siguientes quince puntos resumen fácilmente los principios aplicables al ciudadano corporativo, si bien nosotros proponemos aquí un análisis dogmático más elaborado. Son los siguientes:

«Las empresas deberán:

1. Contribuir al progreso económico, social y medioambiental para lograr un desarrollo sostenible.
2. Respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos de las personas afectadas por sus actividades.

²⁴⁷ HERDEGEN (2014:70).

²⁴⁸ Vid. <http://www.oecd.org/investment/mnc/>.

3. *Estimular la generación de capacidades locales mediante una cooperación estrecha con la comunidad local, incluyendo los intereses de los empresarios, y desarrollando al mismo tiempo las actividades de la empresa en los mercados interno y externo de una manera compatible con la necesidad de prácticas comerciales saludables.*
4. *Fomentar la formación del capital humano, especialmente creando oportunidades de empleo y ofreciendo capacitación a los empleados.*
5. *Abstenerse de buscar o de aceptar exenciones no contempladas en el marco legal o regulatorio relacionadas con los derechos humanos, el medioambiente, la salud, la seguridad, el trabajo, el sistema tributario, los incentivos financieros u otras cuestiones varias.*
6. *Apoyar y defender los principios de buen gobierno corporativo y desarrollar e implementar buenas prácticas de gobierno corporativo, incluso a través de grupos de empresas.*
7. *Desarrollar e implementar prácticas autodisciplinarias y sistemas de gestión eficaces que promuevan una relación de confianza recíproca entre las empresas y las sociedades en las que ejercen su actividad.*
8. *Promover el conocimiento y el cumplimiento, por parte de los empleados de las empresas multinacionales, de las políticas de empresa mediante la difusión adecuada de las mismas, incluso a través de programas de capacitación.*
9. *Abstenerse de tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra los trabajadores que elaboren, de buena fe, informes para la dirección o, en su caso, para las autoridades públicas competentes acerca de prácticas contrarias a la ley,*

a las Directrices o a las políticas de la empresa.
10. *Implementar la debida diligencia basada en los riesgos incorporándola, por ejemplo, a sus sistemas de gestión de riesgos, con el fin de identificar, prevenir o atenuar los impactos negativos, reales o potenciales, que se describen en los apartados 11 y 12 e informar sobre cómo se reacciona ante dichos impactos negativos. La naturaleza y el alcance de la debida diligencia dependen de las circunstancias de cada situación particular.*
11. *Evitar que las actividades propias generen o contribuyan a generar impactos negativos en los campos contemplados por las Directrices y tomar las medidas necesarias para tratarlos cuando se produzcan dichos impactos.*

12. *Esforzarse por impedir o atenuar los impactos negativos, aun en los casos en que las empresas no hayan contribuido a los mismos, si están directamente relacionados con sus actividades, productos o servicios en virtud de una relación comercial. Esto no ha de interpretarse como una transferencia de la responsabilidad de la entidad que causa el impacto negativo hacia la empresa con la que mantiene una relación comercial.*

13. *Además de responder a los impactos negativos en los ámbitos contemplados por las Directrices, fomentar, en la medida de lo posible, que sus socios comerciales, incluidos sus proveedores y contratistas, apliquen principios de conducta empresarial responsable conformes con la Directrices.*

14. *Comprometerse ante las partes interesadas facilitándoles posibilidades reales de participación a la hora de planificar y tomar decisiones relativas a proyectos u otras actividades susceptibles de influir de forma significativa en las poblaciones locales.*

15. *Abstenerse de cualquier injerencia indebida en las actividades políticas locales²⁴⁹».*

En lo que respecta a la RSC, destaca una normativa emanada de Naciones Unidas conocida como los principios de Ruggie²⁵⁰, de contenido en general similar a los anteriores, y de naturaleza igualmente «voluntaria» (es decir, recepticia), y aunque se ha criticado su origen «neoliberal», esta es seguramente su mayor fortaleza, sin que pueda negarse que han tenido un efecto positivo en el desarrollo de las propias legislaciones nacionales²⁵¹.

La confianza en el ciudadano corporativo puede verse defraudada también cuando, mediante la implantación de la norma privada supranacional, éste pretende imponerse en el sector que regula. Dado el carácter económico de la mayoría de estas normas, la regla general será que se produzca aquí una violación de las normas sobre competencia²⁵²: bien impidiendo el acceso al mercado de otros competidores con una regulación, o expulsándolos incluso, bien

²⁴⁹ Vid. <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

²⁵⁰ Disponible en https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf.

²⁵¹ En este sentido, vid. GARRIDO GÓMEZ, M.I. (2017): *El Soft Law como fuente del Derecho Extranacional*, Madrid: Dykinson, pp. 143-145.

²⁵² El Derecho Global es concebido a menudo como un sistema de competición entre ordenamientos, así GNES, M. (2010): «Circolazione e globalizzazione del diritto», *Global Competition*, 2010, n. 25, pp. 12-21 y MACEY, J.R. (2003): «Regulatory Globalization as a Response to Regulatory Competition», v. 52 *Emory L Rev*, pp. 1353 y ss. Dado el sentido económico del Derecho Global, bastante de esto es cierto. Sin embargo, tampoco capta completamente el sentido de este conjunto de normas reducirlo a un sistema de competencia económica entre el contenido material de sus normas, o de sus normas respecto de las normas estatales cuando entran en conflicto. Relacionado con esto, abordamos una excepción a la aplicación de las normas privadas supranacionales que puede ser apreciada por el Juez ordinario: la pretensión monopolística, es decir, el uso de las normas privadas supranacionales, no para competir con las normas internas, sino para crear ventajas competitivas inadmisibles para su autor u otros beneficiarios. Veámoslo.

permitiendo la concentración económica de algunos de los sujetos participantes en detrimento de otros, o simplemente favoreciendo los intereses de los grandes operadores, y hasta de uno en concreto. Y por supuesto esta es una lista abierta. En definitiva, cualquiera de las violaciones del Derecho de la competencia pueden darse en la aplicación de una norma privada supranacional, por mucho que el sujeto a quien se le aplique haya recibido la norma, cosa que puede suceder en virtud de toda clase de presiones.

La importancia de la libre competencia se deriva también de su marcado carácter supranacional. Hay una defensa de la competencia en cada mercado, y aún éstas se quedan cortas. Como consecuencia, para el mercado único europeo debía de haber una única defensa de la competencia, que se regula en los artículos 101 y siguientes del TFUE. El objetivo de la defensa de la competencia a nivel europeo es, en palabras del artículo 119 TFUE: *«la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia»*. Pero son más incluso los principios del Derecho Europeo que tutela: podemos mencionar la libertad de circulación de personas y capitales, y en general todas las cuatro libertades que ampara la ciudadanía europea. Sin embargo, de la misma forma que pueden utilizarse las normas privadas supranacionales para restringir la competencia, también pueden ser idóneas para controlar dichas restricciones. El Tribunal Constitucional italiano ha dicho muy acertadamente que el exceso de regulación puede resultar dañoso para la competencia, y que puede dañar bienes individuales si excede de lo proporcional y necesario para proteger los bienes jurídico-públicos²⁵³. Esta avanzada jurisprudencia capta bien el objetivo de las instituciones europeas en la defensa de la competencia. Pero no puede perderse de vista que las normas privadas supranacionales aportan también recursos útiles al mercado. En este sentido, las normas privadas supranacionales sanamente ideadas permiten generar una regulación de mercado racional y libre, en el que los propios operadores ponen límites razonables a su propia autoridad, con el límite último siempre del propio control del órgano jurisdiccional al enjuiciar la norma, asegurándose en este caso que se cumplen las reglas de Derecho de la competencia del Derecho interno.

²⁵³ Vid. sobre esto sentenze costituzionali 167 de 2009 y 152 y 257 de 2010, y especialmente vid. NAPOLITANO, G. en CASSESE (2015:78).

6.1. Ejemplo. El sector financiero y bancario

Tal vez el sector más estudiado por la doctrina ha sido el Derecho Global de los mercados financieros²⁵⁴. En la práctica, la regulación financiera consiste en una serie de reguladores globales, entre los cuales destaca el Comité de Basilea en el ámbito de la regulación bancaria, y sus organizaciones hermanas la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IAIS) y la Federación Internacional Contable (IFAC)²⁵⁵. La IFAC, a su vez, adopta sus normas (o estándares internacionales, como los llama) mediante unos comités de interés público, que se encuentran a su vez bajo el control de otro ciudadano corporativo, el *Public Interest Oversight Board* (PIOB). Esta organización, constituida en Madrid, tiene como función controlar el desarrollo de la arquitectura global de los estándares internacionales, en las áreas de la auditoría, los seguros y los mínimos éticos, fundándose en una estructura triádica, que incluye los citados comités del IFAC, el control independiente del propio PIOB y la rendición de cuentas frente a un grupo de autoridades públicas, el *Monitoring Group*. El objetivo es lograr mejores estándares internacionales y más responsables para con el interés público, permitiendo el equilibrio entre los intereses profesionales de los agentes privados y el interés público²⁵⁶. En otras palabras, este es el modelo a seguir en el Derecho Administrativo Global, sin que excluya el control de la responsabilidad por la aplicación de estas normas en el

²⁵⁴ Sobre el sector financiero, vid. DARNACULLETA GARDELLA, M.M y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2010): «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *Revista de Administración Pública*, n. 183, pp. 139-177; DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2014): «Los instrumentos de regulación bancaria en el sistema de fuentes del Derecho», en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. (Dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Pamplona, pp. 131-183; VON BOGDANDY, A. y DANN, P. y GOLDMANN, M. (2010): «El Derecho Público Internacional como Derecho Público: Prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, AEPDIRI, Madrid: Iustel, Universidad de la Rioja, pp. 57-80; DARNACULLETA GARDELLA, M.M. y LEÑERO BOHÓRQUEZ, R. (2014): «Crisis financiera y crisis democrática: la regulación financiera internacional mediante redes de supervisores», en PERDICES HUETOS, A.B., JUAN ANDRÉS RECALDE CASTELLS, J.A. y TIRADO, I. (coords.), *Crisis y Reforma del Derecho Financiero*, Thomson-Reuters, pp. 177-195; VAN AAKEN, A. (2007): «Transnationales Kooperationsrecht Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte», en C. MÖLLERS, A. VOSSKUHL, y C. WALTER, (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, pp. 219-257; BACKER, L.C. (2011): «Private Actors and Public Governance Beyond the State: The Multinational Corporation, the Financial Stability Board and the Global Governance Order», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 18, pp. 751-802; LEÑERO BOHÓRQUEZ, R. (2014): «El comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el Derecho público», en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. (coord.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Pamplona, pp. 184-251.

²⁵⁵ CHITI, E. (2010): «Organización europea y organización global: elementos para una comparación», en PONCE SOLÉ, J. (coord.) (2010): *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP-Marcial Pons, Madrid, p. 67. En la misma línea sobre la cooperación inciden muchos: v.gr. RAUSTIALA, K. (2002): «The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental networks and the Future of International Law», *Virginia Journal of International Law*, v. 43, n. 3, pp. 1-92.

²⁵⁶ <http://www.ipiob.org/index.php/what-is-the-piob>

ordenamiento jurídico. De la misma forma, son clásicos ya los estudios en materia de comercio internacional, especialmente centrados en la Organización Mundial del Comercio, que sin embargo no abordaremos aquí²⁵⁷.

El primer ejemplo que vamos a presentar, dentro del contexto de los ciudadanos corporativos en materia de los mercados financieros, es el de la regulación de los préstamos financieros, y en concreto el caso de la *Loan Market Association*²⁵⁸. El ciudadano corporativo, en este caso, es una asociación de sujetos privados que incluyen desde bancos hasta despachos de abogados y agencias de calificación, de muy diferentes nacionalidades pero en todo caso, que operan en los mercados financieros de la zona conocida como EMEA (Europa, Oriente Medio y África). Su función fundamental es regular («armonizar») las cláusulas más genéricas de determinados préstamos financieros, singularmente los préstamos sindicados.

Según la propia asociación, su objetivo es mejorar los niveles de liquidez, eficiencia y transparencia en los mercados primarios y secundarios de préstamos sindicados de la citada región EMEA. De esta forma, se pretende consolidar el préstamo sindicado como producto financiero a través de una práctica de mercado consolidada. Su trabajo, que no se limita a las entidades financieras sino que -como antes señalábamos- se extiende a los despachos de abogados, prestatarios, inversores institucionales, agencias de calificación crediticia y, también, reguladores, e intenta «educar al mercado», según su propia expresión, sobre los beneficios de este producto financiero, así como eliminar las barreras de entrada para nuevos sujetos participantes. El registro como miembro de la sociedad, como es habitual por otra parte en muchos ciudadanos corporativos, es condición necesaria para acceder a las normas supranacionales, así como a los diversos formularios que se ponen a disposición de los usuarios.

No hay que perder de vista tampoco otra importante actividad de la asociación, común entre los ciudadanos corporativos y seguramente ya intuita, pero en todo caso reconocida públicamente por ésta, como es el *lobby*. El objetivo de esta política de influencia sobre los reguladores estatales sería impedir que las legislaciones internas perjudiquen la figura del préstamo sindicado. Su actividad de *lobby* incluye en los últimos años diferentes y destacadas normas, tanto en materia concursal como fiscal, pero sobre todo y a los efectos que a nosotros

²⁵⁷ Sobre la OMC, vid. JACKSON, J.H. (1990): *Restructuring the GATT System*, Council on Foreign Relations Press; GÖTTSCHE, G.J. (2005).

²⁵⁸ Vid. <https://www.lma.eu.com>

nos interesan, la norma Basilea III y sus normas de incorporación europea, el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión y la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión. Además, la asociación responde con regularidad consultas de instituciones reguladores, singularmente europeas, lo cual incluye en los últimos tiempos informes emitidos a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los administradores de créditos, los compradores de créditos y la recuperación de las garantías reales, COM/2018/0135 final - 2018/063 (COD) o la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos, SWD(2018) 52 final - SWD(2018) 53 final.

Otro ejemplo podemos encontrarlo en el mercado de los derivados financieros, donde la asociación más importante, la *Swaps and Derivatives Association (ISDA)*²⁵⁹, edita un importante *Master Agreement* que funciona como norma supranacional. A este se suma una *Schedule*, que especifica o excluye cláusulas concretas del anterior, y un documento de confirmación en el que se contemplan las condiciones particulares al contrato en cuestión. Según sus propios datos, los miembros superan los 900 en más de 60 países y se dividen en tres categorías: Primarios (las sociedades emisoras), Asociados (proveedores de servicios) y Suscriptores (los usuarios finales). Entre sus aportaciones más recientes debemos destacar un documento modelo de las cláusulas de contratos firmados bajo el régimen de MIFID II y MIFIR en materia de derivados financieros, principalmente en operaciones fuera de los mercados financieros regulados (las llamadas OTC)²⁶⁰.

6.2. Ejemplo. La función de policía en el Derecho Administrativo Global

A primera vista, podría parecer que la función de policía (consagrada siempre a nivel estatal como potestad) no tiene cabida en el Derecho Administrativo Global, o al menos sería como poco sorprendente esperar su aparición en este ámbito. Sin embargo, también en este sector se ha introducido el fenómeno jurídico global. Los artículos 8.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y 11.1 del Real Decreto

²⁵⁹ <https://www.isda.org>.

²⁶⁰ <https://www.isda.org/2017/10/18/mifid-ii-and-mifir-model-provisions/>.

1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, nos dicen que el Documento Nacional de Identidad incluirá una fotografía. Más exacto es el artículo 4.1.c) de la Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, que especifica que «una fotografía reciente en color del rostro del solicitante, tamaño 32 x 26 milímetros, con fondo uniforme blanco y liso, tomada de frente y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir la identificación de la persona». Sin embargo, las características técnicas de dicha fotografía las podríamos encontrar en una norma privada supranacional, la ISO/IEC 19794-5:2011, *Information technology -- Biometric data interchange formats -- Part 5: Face image data*. Para corroborar que estas normas privadas supranacionales generan tanta o incluso más confianza en los actores privados que las normas sectoriales estatales, reforzando la posición de mercado de quienes se someten a ellas, podemos encontrar empresas de fotografía que publicitan sus productos anunciando que cumplen con la citada norma ISO, afirmando que son válidas para todos los documentos nacionales conforme a las normativas vigentes, lo cual da idea de la generalidad de la aceptación de la norma supranacional.

7. Los principios del Derecho administrativo aplicables al ciudadano corporativo y sus procedimientos normativos

El apriorismo más evidente para abordar la eficacia de unos principios jurídico-administrativos en el ámbito global sería afirmar que no hay mimbres para configurar un ordenamiento jurídico global que sea capaz de someter las normas privadas supranacionales directamente a tales principios. Frente a esto, se ha argumentado que, de hecho, esos

principios ya existen²⁶¹. Por ejemplo, un cierto argumento sostiene que los órganos judiciales de las instituciones internacionales tejen esa necesaria red de principios²⁶². Es claro que el origen de estos principios encuentra anclaje en los Derechos Administrativos internos de los Estados occidentales, y en último término en sus principios jurídicos constitucionales. Y es claro también que, en la práctica, estos principios, de existir, aparecerán a nivel global en el seno del ciudadano corporativo -y de ahí que tratemos este asunto aquí-. Pero el Estado de Derecho no puede dejar los principios en manos de los propios ciudadanos corporativos exclusivamente. Debe asumir su propio mecanismo de control, y el momento procesal oportuno es, naturalmente, el del examen de la norma privada supranacional para su integración en el ordenamiento por parte del Juez nacional.

²⁶¹ La búsqueda de principios que fundamenten el Derecho Global, material y procesalmente aplicados a los procedimientos de elaboración de las normas privadas supranacionales, ha sido la propuesta mayoritaria de la doctrina que ha estudiado el fenómeno. Aunque nosotros hemos optado por una propuesta diferente, como es el sistema de reconocimiento y control subjetivo y objetivo de las normas privadas supranacionales, entendemos que el progreso del procedimiento de elaboración de las normas es igualmente valioso y es un dato a tener en cuenta al someterse la norma a control ante el Juez ordinario, por lo que el cumplimiento de ciertas garantías favorecería la *aplicabilidad objetiva* de la norma privada supranacional. La mayoría de los autores, insistimos, han intentado progresar por esta línea, pese a que es extremadamente difícil construir un procedimiento normativo global (si es que es deseable si quiera) y no siempre se puede asegurar la presencia en dicho procedimiento de las garantías propias del Derecho del Estado. A este respecto, prácticamente toda la doctrina examina esta cuestión con mayor o menor detenimiento. Véase, por ejemplo, KINGSBURY, KRISCH, y STEWART (2007) que plantea de forma fundamental la distinción entre las propuestas *bottom up*, que aspiran a aplicar las normas de Derecho Administrativo internas a los procedimientos supranacionales; y las propuestas *top down*, aquellas que pretenden implantar una regulación del procedimiento global; sobre las primeras, vid. CASSESE, S. (2005b): «The globalization of Law», *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 37, pp. 973 y ss., p. 984, donde el Profesor CASSESE ha afirmado (como en muchos otros pasajes de su obra) que muchos principios jurídicos de los procedimientos del Derecho Público interno (y en este caso en particular, el *due process of law*) son aplicados también en los procedimientos globales. Sin embargo, esta traslación nunca es exacta, de la misma manera que no es posible encontrar principios absolutamente iguales en todos los ordenamientos jurídicos occidentales, ni siquiera entre los continentales europeos. Por otra parte, la aplicación de estos procedimientos al propio Derecho Administrativo Europeo es otro modelo de referencia para los procedimientos de Derecho Global. Tal vez por todos estos motivos DE LA CANANEA ha propuesto que, dentro del respeto a los principios jurídicos ya desarrollados en los ordenamientos jurídicos internos, estos sean interpretados con flexibilidad y renunciando a una perspectiva estricta («kantiana») de los derechos fundamentales. Vid. DELLA CANANEA, G. (2006): *Sovranità e globalizzazione*, Parolechiave y sobre todo DELLA CANANEA (2016). Por nuestra parte, creemos que tal control estricto de los derechos fundamentales es posible y necesario, pero en la fase de control de la norma privada supranacional por el Juez ordinario, de manera que antes el ciudadano corporativo debe moverse en un plano de respeto a los derechos, pero no necesariamente un plano estricto, pues la rigidez en la defensa de los derechos fundamentales ya la impondrá el Juez en la fase de control. Sobre las segundas propuestas y el intento de construcción de un procedimiento global, vid. AVI-JONAH, R. (2003): «National Regulation of Multinational Enterprises: An Essay on Comity, Extraterritoriality, and Harmonization», *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, pp. 5 -35, y contestando a esta (difícilmente viable) propuesta, FOX, M. (2004): «What's So Special About Multinational Enterprises?: A Comment on Avi-Yonah», *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, pp. 551 y ss.

²⁶² CASSESE (2009a:149). Pero debe subrayarse que dicha red consiste en principios que son «similares, pero no uniformes» (DELLA CANANEA, 2016:79) y por tanto no estamos hablando -a día de hoy- de «normas globales de control», sino de normas de control del Derecho interno, que se proyectan globalmente y convergen con otras reglas de control internas del Derecho comparado.

Asumido este punto de partida, el control de las normas privadas supranacionales por los órganos judiciales internos obligará a los ciudadanos corporativos a ajustarse a su sistema de principios no sólo constitucionales sino también a los principios del Derecho administrativo (si es que una distinción entre ambos resulta factible). No debe llevarse al extremo el control de principios de Derecho administrativo, o al menos el control no debería ser tan estricto como el de los principios constitucionales. Más bien, debe ser siempre flexible²⁶³. Como puede comprenderse, entre los ciudadanos corporativos se cuentan organismos internacionales de lo más dispar, y procedentes de diversas culturas jurídicas. Lo que debe exigirse es un cumplimiento mínimo de las garantías procedimentales, pero no intentar bloquear la eficacia de las normas privadas supranacionales permanentemente mediante las excepciones. Los principios que exponemos a continuación, por tanto, no son principios *fijos* de los ciudadanos corporativos, sino que podrían y deberían aparecer en sus procedimientos de decisión y que, de aparecer efectivamente, favorecerían el reconocimiento constitucional nacional de sus normas -y a la inversa, la preterición de estos principios dificulta y podría justificar el rechazo de tal eficacia-.

Por último y antes de entrar en materia, aclaremos también la diferencia entre el requisito de respeto al orden público y la excepción de respeto a los principios de Derecho administrativo. No sería imposible subsumir en el primero los segundos. Sencillamente, aquí hacemos un tratamiento diferenciado por razón de la materia: estudiamos por separado los principios constitucionales y los administrativos asumiendo una distinción de disciplina ya existente, sin que esto suponga realizar una distinción metodológica que resultaría artificiosa. Eso sí, existe a nuestro modo de ver una diferencia, y es que el respeto al orden público es una cuestión de resultado (la norma supranacional respeta o no el orden público interno en el momento en el que aspira a ser aplicada) mientras que el respeto a los principios generales del Derecho administrativo tiene una importancia más bien procesal, o al menos se proyecta básicamente

²⁶³ En lo que respecta a la flexibilidad del examen de principios, DELLA CANANEA (2016:9, 31, 90) ha abierto un debate entre lo que llama una concepción «kantiana» de los principios jurídicos, que sería la más rígida y, en principio, la más grata al jurista europeo continental del Estado de Derecho Social-Liberal, y una concepción más flexible, deudora del utilitarismo y que califica de burkeana o benthamista, y que naturalmente será del gusto del jurista anglosajón, como norma general. En este sentido, estamos con el autor en que no sólo los principios jurídicos universalizados en el Derecho Global son, aunque patrimonio cultural común occidental, más bien herederos del modelo anglosajón, tal y como se están desarrollando hoy en día, sino también en el hecho de que la flexibilidad de este planteamiento, sin traicionar los fundamentos filosóficos en los que tales principios se asientan, se adaptan mejor a los mecanismos de control que requiere un orden jurídico tan dinámico, activo y determinado económicamente como el Derecho Global.

en el procedimiento²⁶⁴. Tampoco está demás recordar que, en el contexto del procedimiento de legitimación o recepción subjetiva, estos principios o sus incumplimientos flagrantes serán argüidos a instancia de parte -la que no esté interesada en el reconocimiento y aplicación de la norma- y luego valorados por el juez conforme a la prueba presentada, pues desde luego no pretendemos en ningún caso erigir al Juez en «inspector» del Derecho Global, lo cual ni es deseable ni seguramente posible en términos de medios.

En el ordenamiento jurídico-administrativo español, las normas que exponen los principios jurídicos del Derecho administrativo son, como bien es sabido, el artículo 103.1 de la Constitución y su epítome, el artículo 3.1 de la LRJSP, que afirma que *«las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho»*. Tras esto, enumera una serie de principios jurídicos a los que la actuación administrativa debe atender igualmente²⁶⁵. En el Derecho Europeo, el principio de legalidad viene establecido en los artículos 19 TUE y 263 TFUE, ambos enfocados al problema del control de legalidad sobre la actividad administrativa de los órganos de la Unión Europea por parte del TJUE.

Comprensiblemente, los ciudadanos corporativos no son administraciones públicas, y probablemente no están preparados para serlo. Pero es un hecho que, en la práctica, estos sujetos privados supranacionales siguen muchos de aquéllos principios, de los que vamos a

²⁶⁴ En el presente epígrafe examinaremos dos principios que tienen aún rango constitucional, pero que afectan directamente a la actuación administrativa y su control, los principios de legalidad y acceso a la jurisdicción, mientras que en epígrafes posteriores examinaremos los principios del procedimiento administrativo en concreto. Insistimos en que no pretendemos establecer una línea divisoria rígida entre principios constitucionales y administrativos, pero sí es claro que el plano en el que se sitúan aún los dos principios siguientes es más elevado que el de los principios administrativos posteriores, y la exigencia de su cumplimiento deberá ser mayor.

²⁶⁵ «Artículo 3. Principios generales. 1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: a) Servicio efectivo a los ciudadanos. b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos. c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa. d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión. e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional. f) Responsabilidad por la gestión pública. g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas. h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados. i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales. j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas»

examinar algunos. La categorización que elaboramos a continuación no sigue estrictamente las normas citadas, sino que tiene un carácter académico²⁶⁶.

7.1. El principio de legalidad

El primero y principal de todos los principios del Derecho administrativo es, desde luego, el principio de legalidad. Poco más cabe decir del fundamento absoluto del Derecho administrativo postrevolucionario. CASSESE ha explicado como el principio de legalidad, el sometimiento de la actuación administrativa a la Ley, conecta con los principios de igualdad, justicia administrativa y democracia. Efectivamente, la legalidad establece una regla uniforme de trato igual, da al órgano judicial el parámetro de enjuiciamiento y somete al poder ejecutivo al legislativo, de manera que el Parlamento (las Cortes Generales en España) garantizan la tutela de los ciudadanos. De ahí que distinga cuatro vertientes del principio de legalidad: dos directamente vinculantes, la vinculación positiva, la vinculación negativa; y otros dos no directamente vinculantes, el respeto a la norma constitucional (o europea o tratado internacional) y el respeto a los principios generales del Derecho²⁶⁷. Ahora bien, la pregunta es si este esquema puede funcionar en el ciudadano corporativo. La respuesta no es del todo clara. La Administración existe en virtud de la Constitución y la Ley, tiene naturaleza jurídico-pública y está dotada de prerrogativas que exigen su sometimiento al principio de legalidad. El ciudadano corporativo está constituido en virtud de reglas de Derecho privado (o Internacional Público si es una organización internacional), y la norma general entre éstos es la autonomía de la voluntad. Debe respetar la Ley, sí, pero no debe esperar a que ésta le habilite para actuar, ni someterse a su procedimiento.

²⁶⁶ Fundamentalmente seguimos a CASSESE, S. (dir.) (2015:10 y ss.). El interés de este tratado en concreto es que el Profesor CASSESE ya asume con naturalidad la dimensión global del Derecho Administrativo, por lo que los principios pueden entenderse extensibles al nivel supranacional. La bibliografía en esta materia, naturalmente, es amplia, aunque ciertamente en el Derecho Global escasean (a nuestro modo de ver) estudios específicos sobre los principios. La excepción la encontramos por supuesto en la escuela del propio profesor CASSESE, cuyo máximo exponente en esta materia es seguramente DELLA CANANEA (2016).

²⁶⁷ CASSESE (2015:11). La respuesta que proponemos en el presente trabajo es el sometimiento parcial del ciudadano corporativo a la legalidad, mediante el sometimiento a los principios generales del Derecho administrativo y a unas reglas básicas de procedimiento. Es decir, que ante el ciudadano corporativo el principio de legalidad no puede substantiarse en un sometimiento a una Ley a la que, *a priori*, no está sometido. Deberá ser un sometimiento al principio de legalidad que podríamos llamar *a posteriori*, en el sentido de que será el ordenamiento jurídico de recepción el que controle el sometimiento a la legalidad (su propia legalidad) por parte de la norma privada supranacional. Dicho control de legalidad, en realidad, debe reconducirse al control de principios constitucionales y el orden público. Al mismo tiempo, no puede exigirse, en virtud del principio de legalidad, una habilitación expresa al Juez ordinario para reconocer las normas privadas supranacionales: la discrecionalidad originaria del Juez nos permite afirmar que no es necesaria habilitación legal específica para reconocer estas normas supranacionales. Tampoco podemos excluir que estas normas den parámetros a la Administración para poder aplicar las normas estatales, de manera que cumplirían una función propia de la legalidad interna, el control de la discrecionalidad administrativa.

En cuanto a la tutela de los ciudadanos, de la norma privada supranacional no pueden predicarse los requisitos democráticos que son exigibles a las normas internas, pues los ciudadanos corporativos en ningún caso pueden suplir a la propia voluntad representativa²⁶⁸. La legitimidad de las normas privadas supranacionales habrá que buscarla en la teoría de la recepción, eso ya lo hemos dicho. Pero lo que ahora nos preocupa es su representatividad. En este aspecto, los valores democráticos sólo son predicables de los Estados-Nación, para los que y en cuyo contexto nacieron. Aquí se suscita también el problema del principio romano *quod omnis tangit, ad omnibus comprobetur*, básico en el debate del Derecho Global²⁶⁹. Desgraciadamente, las normas privadas supranacionales no tutelan por sí mismas al ciudadano frente a la voluntad del ciudadano corporativo, al contrario, bien pueden someterlo. El papel de tutela le corresponde al Derecho interno, de manera que el sometimiento de las normas privadas supranacionales a los principios constitucionales y a los principios del Derecho administrativo interno cumple ese papel de tutela.

La legalidad, por tanto, debe quedar garantizada por el órgano judicial ordinario, en el sentido de la vinculación de la norma privada supranacional a los principios constitucionales y generales del Derecho del Estado de recepción²⁷⁰. El Juez nacional puede, por tanto, exigir al ciudadano corporativo la norma privada supranacional aquellos principios que no hayan podido ser argüidos en los motivos de derechos fundamentales y orden público, bajo el paraguas del principio de legalidad. Es decir, que los principios del Derecho Administrativo que veremos a continuación le son exigibles a la norma privada supranacional, a nuestro

²⁶⁸ Parece sugerir lo contrario CASSESE (2009:144). Hay que tener en cuenta que la presencia de determinados órganos internos en los ciudadanos corporativos, como instancias de recurso (el Comité de Apelaciones de la OMC es el caso seguramente más estudiado) y el sometimiento a procedimientos similares a aquellos adoptados en los Estados en la toma de decisiones puede aumentar las garantías de la norma supranacional, como estamos viendo, pero en ningún caso le dotan de garantías democráticas. Estas garantías sólo se suplen con el procedimiento de legitimación, sometiendo la norma a los principios constitucionales del ordenamiento interno.

²⁶⁹ En este sentido DOMINGO OSLÉ (2008:170).

²⁷⁰ Esta vinculación del control del Derecho Global por parte de una «legalidad judicializada» ha sido observada también en obras diversas por D'ALTERIO, E. (2010): *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*, Milano: Giuffrè; D'ALTERIO, E. (2011): «From judicial comity to legal comity: a judicial solution for the global disorder?», *ICQJ*, v. 9, n. 2, 394-424 y D'ALTERIO, E. (2017): «Judicial Regulation in the Global Space», CASSESE, S. (2017): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 303-324, a las que nos referiremos con profusión. Así, por ejemplo, una norma privada supranacional que sanciona a un sujeto que la aplica sin respetar las garantías del derecho de defensa podría ser considerada contraria al principio de legalidad en un sentido amplio, es decir, *a la Ley y al Derecho*, lo cual no añade nada nuevo a todo nuestro esquema del procedimiento de legitimación. Pero una norma técnica que contenga disposiciones técnicas contrarias a las que exige una Ley imperativa interna no necesariamente viola el principio de legalidad, si puede interpretarse la norma interna conforme a la supranacional, o puede también quedar desplazada por completo por la norma supranacional si esta garantiza el mismo nivel de protección al que aspira la norma interna.

modo de entender, como especificaciones del principio de legalidad, pues están reconocidos en la Ley, a salvo seguramente del principio que abordamos inmediatamente, que tiene una naturaleza constitucional indudable. De esta forma, el principio de legalidad jugaría el papel de cajón de sastre para el control de la norma privada supranacional. Gracias a este sistema se garantiza que cualquier principio del ordenamiento será atendido por las normas del Derecho Global, aspiración de imposible cumplimiento en el plano supranacional, donde no es factible el control estatal previo de las normas aprobadas.

7.2. El principio de acceso a la jurisdicción

Este principio es la vez derecho fundamental, que en el Derecho español se configura en virtud del artículo 24.1 de la Constitución, como también, y esto es muy relevante a efectos del control de las normas supranacionales, artículo 47 CEDDFF y artículo 6.1 CEDH. Pero en el Derecho administrativo ha tenido un papel absolutamente fundamental desde finales del siglo XIX, tiene una profunda impronta tanto en el procedimiento administrativo como en el control jurisdiccional de la actividad de las Administraciones Públicas, y esto justifica su especial consagración constitucional, en el artículo 106.1 de la Constitución. También se le ha dado cierto efecto en el Derecho Europeo, que ha garantizado el acceso a la jurisdicción de los ciudadanos en sus pretensiones frente a los actos de la Unión de los que sea destinatario o que la afecten directa e individualmente, y frente a los reglamentos cuando además no incluyan medidas de ejecución, en el artículo 263.4 TFUE.

No se le escapa a nadie que el presente trabajo estamos fundándolo enteramente sobre este principio: el control jurisdiccional de la norma privada supranacional es paso previo necesario para su integración en el sistema y su aplicación. Pero a la vez, este control no es directo: no se recurre una norma privada supranacional ante un órgano judicial interno, sino que se recurre un acto, impugnando la aplicación de la norma privada supranacional por parte de la Administración, o al revés, con la pretensión de que se aplique (lo mismo puede ocurrir, naturalmente en un proceso civil entre dos particulares, e incluso se da el caso de que el sujeto obligado demande ante los tribunales ordinarios al ciudadano corporativo cuya norma quiere imponerle²⁷¹).

²⁷¹ Así, véase la sentencia del Tribunal Belga de la Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, 18ª Sala de lo Civil, de 29 de agosto de 2018, asunto 2016/AR/2048, que comentamos más abajo en la Parte § IV, 4.

Para el recurso directo de la norma privada supranacional puede que ya existan vías de recurso en el seno del propio ciudadano corporativo, que en ningún caso pueden equipararse ni en su legitimidad ni en su sistema de garantías al control jurisdiccional. Caso clásico es el del justamente célebre Comité de Apelaciones de la OMC, o de los múltiples arbitrajes internacionales, de los que hablaremos en otro lugar.

La consagración de este principio ha sido singularmente compleja en el Derecho Administrativo, sobre todo de raíz francesa²⁷². La dificultad estribaba en detener a la Administración en el ejercicio de sus privilegios, singularmente el de autotutela. La consecuencia de esto es que la Administración Pública ostenta una posición de enorme fuerza frente al ciudadano, que consiste en todo un conjunto de privilegios frente al individuo, al que se califica de administrado, frío término burocrático que es mero sucedáneo del súbdito. Los únicos recursos posibles para el administrado van a ser inicialmente los administrativos, bajo la premisa -cuyo origen absolutista es bien conocido- de que *juger a l'Administration c'est encore administrer*. Pero difícilmente va la Administración a proteger a sus administrados de sí misma. Esta es exactamente la historia que aspiramos a evitar en la actuación de los ciudadanos corporativos.

Ahora bien, la Administración para la que está diseñado el acceso a la jurisdicción es estatal, poderosa y estatutaria. La Administración del Derecho Global es relacional, es una parte más en sus relaciones con entidades privadas de muy diversa índole, pero que son reconducibles a dos categorías, los interesados en los procedimientos -personas físicas o jurídicas- a los que se aplica el Derecho administrativo, y los ciudadanos corporativos que crean Derecho público a

²⁷² Naturalmente, sobre la radicalidad de la influencia de la Revolución Francesa en el Derecho Administrativo contemporáneo o la conservación evolutiva de instituciones del Antiguo Régimen hay ya un amplio debate en el que no podemos entrar aquí. Las obras que representan ambas posturas son también bien conocidas: para la primera tesis, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1972); *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Taurus; y para la segunda vid. GALLEGO ANABITARTE, A. (2009). *Poder y derecho: Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*, Madrid: Marcial Pons.

nivel global²⁷³. Cabe preguntarse entonces qué papel hay que otorgarle a la revisión jurisdiccional en el Derecho Administrativo Global. Por un lado, sabemos que el control jurisdiccional de los actos administrativos es producto de una diferencia de posición entre Administración y administrado. Pero esa diferencia de posición también se reproduce en el Derecho Administrativo Global. Comprensiblemente, muchos de los ciudadanos corporativos autores de normas ostentan una posición de superioridad de hecho respecto de aquellos que regulan. Pueden imponerles sus decisiones, sus cláusulas contractuales y por supuesto sus normas. A la ya reconocida diferencia de posición entre sujetos privados más poderosos (en este caso, los ciudadanos corporativos) y los particulares -que se rige por el Derecho privado-, se suma la posición prominente que otorga el ejercicio de funciones con relevancia jurídico-pública, y especialmente la más sobresaliente, la función normativa.

En este contexto, el poder revisor de la jurisdicción sigue siendo tan útil como en el Derecho administrativo estatal. Las vías son dos: el control interno en el ciudadano corporativo y el control judicial estatal. Ya hemos dicho a este respecto que el control interno del ciudadano corporativo no aporta las mismas garantías que el control estatal²⁷⁴, y que sólo mediante el control judicial estatal se puede integrar la norma privada supranacional en el ordenamiento jurídico. El control judicial estatal, por tanto, es ineludible para un avance eficaz del sistema jurídico hacia la integración del Derecho Global.

7.3. ¿Servicio a los intereses generales y buena administración?

Diferente naturaleza tiene el llamado principio de imparcialidad de la Administración en el desarrollo de su actividad, que en el Derecho español se identifica con el servicio con

²⁷³ Este cambio, así como la superación del Derecho administrativo estatutario, es la clave para entender el moderno Derecho administrativo. Así lo han entendido los administrativistas estudiosos del Derecho Global, que integran ya sus planteamientos en sus manuales de teoría general. Así, singularmente, CASSESE: «*Tra il diritto amministrativo e la pubblica amministrazione non c'è, però, una corrispondenza biunivoca, per cui il diritto amministrativo si applica solo alla pubblica amministrazione e quando vi è una pubblica amministrazione si ricorre sempre al diritto amministrativo. Infatti, il diritto amministrativo non riguarda solo la pubblica amministrazione. Ad esempio, il diritto di accesso ai documenti amministrativi si applica anche nei confronti dei gestori di servizi pubblici, che sono, di regola, soggetti privati; inoltre, controlli e vigilanza pubblici possono essere esercitati anche nei confronti di alcune associazioni private (come, ad esempio, l'Istituto per la promozione industriale-Ipi), di fondazioni (come, ad esempio, quelle bancarie), di società per azioni. D'altro lato, non tutta l'attività della pubblica amministrazione è regolata dal diritto amministrativo. La pubblica amministrazione, quando stipula contratti di appalto o di società, si vale delle norme del codice civile e, quindi, utilizza il diritto privato. [...] In conclusione, il diritto amministrativo presenta un carattere composito, sia perché è in parte statale, in parte ultra statale ed in parte regionale, sia perché ha una componente pubblicistica e una privatistica*» (2015:2).

²⁷⁴ Este tipo de control al que hemos hecho reiterada referencia es el de los órganos de apelación internos de los propios ciudadanos corporativos y organizaciones internacionales, siendo el caso más importante sin duda el del órgano de apelación de la OMC. Este ha sido examinado por muchos autores, así por ejemplo CASSESE (2009a:79) y FERNÁNDEZ EGEA (2008), por citar algunos.

objetividad a los intereses generales, se estipula en el artículo 103.1 de la Constitución y el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, y a su vez se conecta con el derecho a la igualdad del artículo 14.1 de la Constitución. Pero para comprobar su impronta en el Derecho supranacional, habrá que volver a citar el precedente europeo, que son los artículo 18 y 157 TFUE, que contemplan la igualdad y no discriminación de los ciudadanos ante las Administraciones públicas, principios a los que igualmente se les puede atribuir el origen en la imparcialidad y servicio objetivo de la Administración²⁷⁵. Hay que tener en cuenta que el servicio a los intereses generales comporta dos dimensiones distintas: la negativa de abstención de todo favoritismo o discriminación, y la positiva de acción, en la que pueden encuadrarse actividades muy diversas, desde la valoración objetiva de todos los intereses en juego, hasta la garantía del iguales derechos procesales de las partes en el procedimiento administrativo, pasando por la obligación de abstenerse de participar en la adopción del acto o norma de cualquier individuo o corporación de cuya imparcialidad pueda dudarse.

Comprensiblemente, esto sólo es posible con exigencias que estén vigentes en nuestro sistema. Es cierto que a menudo los ciudadanos corporativos ya incorporan alguna de estas exigencias. Un ejemplo podrían ser las reglas de imparcialidad y conflicto de interés de los árbitros de la IBA²⁷⁶. Además, el órgano judicial deberá evitar excluir normas privadas supranacionales sólo sobre el fundamento de que hayan seguido un procedimiento de aprobación garantista

²⁷⁵ CASSESE ha explicado como, en el ámbito del Derecho Global, la desconfianza de los actores supranacionales hacia la imparcialidad de la Administración y los reguladores estatales les lleva a confiar en una nueva imparcialidad, la de la ciencia, vid. CASSESE (2005b:989). La misma imparcialidad, la científica, ha sido examinada en España por diversas ponencias en un libro ya fundamental, fundamentalmente vid. ESTEVE PARDO, J. (2015c): «Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias de Derecho público», en DARNACULLETA GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER, I. (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons, pp. 33-46. Vid. también CARDUCCI, M (2014): «Una riflessione sulla utilità della semantica di Otto Hintze nel cosiddetto “cambio di paradigma” del diritto amministrativo», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, v. 1, n. 2, pp. 280-289, p. 284; HARLOW (2006) y DE FRANCESCO (2010:4). Así pues, en el contexto de las normas supranacionales, servicio a los intereses generales y buena administración puede identificarse con experiencia científica del contenido de fondo de las normas: la garantía del conocimiento experto de una norma creada por un sujeto del sector para dicho sector es, en este sentido, una manifestación concreta de buena administración, en la medida en que los propios operadores acepten su aplicación.

²⁷⁶ V i d . https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines, que también incluye varias directrices más de enorme interés.

pero no rígido -cosa que sucederá a menudo, habida cuenta de la influencia anglosajona de la mayoría de ellas-²⁷⁷.

El principio (o derecho) a una buena administración es también un fundamento moderno del Derecho administrativo, que tiene como objetivo mejorar la posición del ciudadano respecto de la Administración, al tiempo que aglutina algunos de los principios ya existentes y afina la pulcritud de la actuación administrativa en la consecución de sus objetivos. En el Derecho español vigente se fundamenta en el artículo 103.1 de la Constitución, aunque ésta no lo menciona aún. Su consagración legislativa se produce con las Leyes 39/2015 y 40/2015, aunque sin mencionarlo expresamente, porque más que un principio se trata de una forma de Administrar y de regular la Administración, que se materializa en varios principios concretos diferentes²⁷⁸. Así fue consagrada en el ámbito del Derecho Europeo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 41 reconoce a los ciudadanos europeos el derecho a una buena administración, incluyendo los derechos a ser oído ante cualquier medida que le sea desfavorable, el derecho de acceso al expediente que le afecte y la obligación de motivar las decisiones, además del derecho a comunicarse en el seno de la Unión en cualquiera de las lenguas oficiales en los Tratados y la institución del principio de responsabilidad. Esta panoplia de derechos se completa en el artículo 42 con el derecho de acceso a los documentos de las instituciones europeas. La eficacia de este derecho, como sabemos, se limita siempre a las instituciones que apliquen el Derecho Europeo, y en la medida en que lo apliquen.

²⁷⁷ Sobre la influencia anglosajona, vid. BALLBÉ, M. (2007). Un ejemplo que veremos más abajo sobre estos procedimientos de elaboración de las normas supranacionales «a la anglosajona» -y, de nuevo, muy bien estudiados por DE LA CANANEA (2016)- es la norma Basilea III, en cuya elaboración se ha dado audiencia a interesados mediante la admisión de informes externos, por ejemplo, o se ha dado un cierto plazo para observaciones a la manera de una consulta pública. Esto, sin embargo, no significa que estos procedimientos sean exactamente equivalentes a los que se desarrollan dentro del Derecho administrativo nacional, y es aquí donde -sumándonos a la posición del citado autor italiano- hay que reclamar la flexibilidad en el examen de principios ante el Juez nacional, flexibilidad que consideramos que no debería extenderse al control de principios constitucionales y orden público, los cuáles deben someterse a un nivel de análisis más rígido y exigente, especialmente los derechos fundamentales.

²⁷⁸ Vid. sobre esto en España PONCE SOLÉ, J. (2010): «Procedimiento administrativo, globalización y buena administración», en PONCE SOLÉ, J. (Coord.): *Derecho Administrativo Global. Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires. La cuestión la menciona también HARLOW (2006) a cuenta del ejemplo (tantas veces seguido por nosotros) de la buena administración en la regulación europea, sobre todo en materia de contratación pública.

El reto ahora reside en aplicar esa dogmática de principios concretos a las normas privadas supranacionales²⁷⁹. Como de costumbre, del órgano judicial nacional deberá analizar la norma privada supranacional con cierta flexibilidad, de manera que las normas internas no acaben por hacer imposible su aplicación. Y buscará siempre, en la medida de lo posible, la interpretación conforme. Seguramente, y dada la difícil extrapolación del derecho a una buena administración al ciudadano corporativo, lo más razonable será exigirle a éste, por ejemplo, una actitud de colaboración razonable con el órgano judicial interno, en caso de que éste le solicite, por ejemplo, determinados informes o documentos en relación con la norma privada supranacional que desea aplicar. Se trataría, en su caso, de una suerte de *comity* del ciudadano corporativo hacia el Juez nacional. De este concepto nos ocuparemos más adelante.

El ciudadano es el centro del Derecho público moderno, a diferencia de lo que fue en el Derecho administrativo decimonónico, y en él se enfoca también el deber administrativo del servicio efectivo²⁸⁰. La cuestión es si una actitud tal, que tan difícil resulta ya exigirle a la Administración, le es exigible al ciudadano corporativo en el ejercicio de funciones de relevancia jurídico-pública. En el nuevo contexto político-jurídico, los ciudadanos deben tomar parte en las decisiones administrativas que les afectan. Jurídicamente, esto implica que hay que garantizar mecanismos para que el servicio efectivo pueda realizarse, y no limitarse a jugar el papel de principio abstracto nunca materializado. No es un principio político ni una

²⁷⁹ La buena administración, en el caso de las normas privadas supranacionales, puede ponerse también en relación con lo que se ha llamado «buenas prácticas» que, sin ser nociones idénticas, se dirigen a subrayar una misma realidad: el objetivo de la aplicación de las normas privadas supranacionales, aunque éstas sean un producto normativo material y formal completo y no meras «buenas prácticas», sí que coincide con la buena Administración en su afán por reforzar los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad en los ámbitos regulatorios más técnicos, por lo general administrativos. Sobre las normas privadas supranacionales concebidas como «buenas prácticas» vid. DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2015:210) donde por cierto, apunta la autora muchos de los rasgos de la efectividad de las normas privadas supranacionales que nosotros defendemos aquí.

²⁸⁰ La gran reflexión sobre los derechos de los ciudadanos en el Derecho Global es sin duda la de CASSESE (2005b:984) que ya citábamos más arriba a cuenta del *due process of law* aplicado a las normas privadas supranacionales y su procedimiento de adopción, y en el mismo sentido, CARDUCCI (2014:288), y al tiempo también se preocupa por los derechos de segunda generación, los derechos de participación del ciudadano, ausentes en el Derecho Global (CASSESE, 2005a:126). SHAPIRO (1993:49) habla por su parte de los derechos de los ciudadanos como un límite (o al menos una justificación para limitar) el Derecho Global, y al mismo tiempo como un factor de la globalización de los propios derechos fundamentales. Ahora bien, como veremos inmediatamente, cuando hablamos del ciudadano en el sentido tradicional (es decir, en una relación con la Administración en la que se encuentra en posición de inferioridad), nos preocupamos por su protección, mientras que cuando hablamos del ciudadano corporativo, nos preocuparemos más por su control (aunque éste también puede tener la posición de ciudadano clásico-administrado dentro del ámbito de competencia territorial de una Administración en concreto).

promesa electoral, sino una exigencia a cualquier Administración moderna, y como tal debe tener algún reflejo en el ámbito global.

En cierto modo, las normas privadas supranacionales aportan una oportunidad única para la consagración de este principio. Por una parte, es comprensible que el ciudadano se verá más satisfecho con una Administración que aplica las normas por él mismo elegidas. Los operadores económicos privados se identifican por lo general mucho más con normas elaboradas por ellos mismos o por entidades afines (los ciudadanos corporativos) que por los reglamentos administrativos. Las normas privadas supranacionales suponen en sí mismas un equilibrio muy hábil entre intereses generales y particulares. Cómo se produce esto ya lo hemos explicado al principio, y se debe a la confluencia de intereses que se da en los sujetos privados, interesados a su vez en el funcionamiento del sistema en su conjunto para satisfacer sus propios intereses. Someter estas normas a controles es necesario, y creemos que suficiente, para satisfacer los intereses generales y los del ciudadano a un tiempo. En esto consiste, a nuestro entender, la autorregulación regulada²⁸¹.

Pero es que los ciudadanos corporativos y los ciudadanos sometidos al poder territorial de la Administración ostentan una posición diferente, y diferentes intereses. El ciudadano corporativo ostenta, *de facto*, una posición de superioridad frente al individuo, como hemos explicado. El primer freno que impondremos al ciudadano corporativo que se encuentra en esta posición de superioridad será la propia teoría de la recepción. El ciudadano corporativo no puede imponernos la aplicación de una norma jurídico-pública, a diferencia de la Administración, porque sus normas no tienen *a priori* ni eficacia personal ni territorial. Sin embargo, sí que puede imponernos la recepción *de facto*, si su poder en el mercado es lo suficientemente fuerte. Existen normas privadas supranacionales de las que resulta difícil escapar.

²⁸¹ DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2005): *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons. De esta manera, al aplicarse a sujetos que forman parte del propio sector económico en el que estas normas aparecen, la autorregulación cumple ya con una vertiente de servicio a los intereses generales, la vertiente sectorial. El aspecto general o nacional de este servicio, sin embargo, debe ser garantizado por el Juez ordinario mediante el control de legitimación y el respecto a los principios del ordenamiento interno.

En el seno de este requisito podríamos añadir la simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos²⁸². Lo curioso es que para cumplir estos objetivos, seguramente algunas entidades globales estén mejor preparadas que la propia Administración. Por ejemplo, la reducción de trámites o su integración en uno sólo, como por ejemplo, el mecanismo conocido como «ventanilla única»²⁸³. En este contexto y en el control de la discrecionalidad técnica, el Derecho Administrativo Global, con su alto grado de tecnificación es, creemos, un aliado, y no un enemigo de la Administración, porque es capaz de dar respuestas avaladas por el conocimiento científico de las entidades que lo crearon, al tiempo que emplea una terminología por lo general científica y aceptada por los propios operadores a los que va destinada la norma²⁸⁴. En otras palabras, lo más probable es que la claridad, en ámbitos técnicamente complejos, consiste en emplear los tecnicismos correctos y comprensibles para los operadores, sin desvirtuar el significado que habitualmente tienen los términos y conceptos para ellos -cosa que la Administración hace a menudo en sus normas administrativas-. Para lograr este objetivo el Derecho Administrativo Global es más bien un aliado, y no un enemigo a batir, y de ahí que el recurso a las normas privadas supranacionales deba potenciarse.

7.4. Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa

Es evidente que estos tres principios no pueden exigirse, tal cual, en el ciudadano corporativo, como también es evidente que en los ciudadanos corporativos actuales sí que hay

²⁸² Que sepamos, no hay mucho que se haya dicho sobre este requisito específicamente en el Derecho Global. Cosa distinta es que, sin duda, las normas privadas supranacionales, tienden a ser normas de tipo técnico y económicamente eficientes, con lo cual resultan ser claras para los especialistas. Esta claridad, eso sí, debe entenderse dentro de la informalidad que es la norma entre las organizaciones que ostentan funciones administrativas globales, a las que llamamos aquí ciudadanos corporativos, pero que a veces se denomina simplemente administración global informal (KINGSBURY et al., 2005:53). Sobre la simplicidad y claridad de las reglas habla, de nuevo con referencia al Derecho Europeo, HARLOW (1998 y 2006).

²⁸³ Vid. con carácter general, CIERCO SEIRA, C. (2011): «La administración electrónica al servicio de la simplificación administrativa: luces y sombras», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 38, pp. 155-219.

²⁸⁴ Sobre este carácter técnico científico del Derecho Global vid. sobre todo ESTEVE PARDO, J. (2015c).

manifestaciones de los tres²⁸⁵. Por ejemplo, en cuanto a la participación de los ciudadanos en la actividad administrativa, el punto de mayor interés es que el ciudadano corporativo introduce un nivel doble. Por una parte, el ciudadano corporativo como entidad privada participa legislativamente en el mercado en el que se sitúa, algo impensable en el Derecho administrativo clásico. Por otra, el propio ciudadano destinatario de la norma participa de varias formas: participa en la recepción de la norma, participa en el mercado o en el espacio objetivo objeto de regulación -de tal manera que influye en su idiosincrasia, que luego se plasmará en la propia norma jurídica- y, si el ciudadano corporativo se ajusta al procedimiento mínimo debido, influye en la confección de la norma, por ejemplo, mediante la recepción de informes, o sencillamente con la participación del sujeto receptor de la norma como miembro o socio del ciudadano corporativo.

Por ejemplo, en el contexto de la elaboración de los reglamentos, uno de los puntos clave de la participación del ciudadano es la obligación que tiene la Administración de permitirle expresar su opinión en la fase de consultas y audiencia a los interesados. Para las normas privadas supranacionales puede ser una inspiración un procedimiento lejanamente inspirado

²⁸⁵ Esta es, sin duda, la cuestión clave, y difícil de lograr en un ámbito jurídico global, aunque sí que puede exigirse en el momento de la revisión de la norma por el Juez ordinario. Sobre la participación, hemos reseñado ya las referencias de CARDUCCI (2014:288) y CASSESE (2005a:126). Sobre la transparencia, esta es no sólo la gran esperanza de los principios de la Administración Pública moderna, sino una de las grandes esperanzas, y también preocupaciones, del Derecho Global. FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G. (2004): «Regime Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global Law», *Michigan Journal of International Law*, n. 25, 999-1046, p. 1019 hablan de la transparencia como uno de los retos indudables de las «redes» de administraciones y fundamentalmente de sus nudos, de manera que la transparencia afectaría tanto a la eficacia transnacional de los actos administrativos como a la aplicabilidad de las normas privadas supranacionales. Fundamental será que, cuando la norma privada supranacional sea examinada por el Juez ordinario, el ciudadano corporativo autor de la norma aporte la información necesaria para que dicho examen sea completo, de manera que un rechazo de aquél a aportar información justificaría la no aplicación de la norma. Para SHAPIRO (1993:38) la transparencia de las normas privadas supranacionales hay que ponerla en relación con su origen en el sistema de contratos del Derecho Privado tal y como se desarrolla en un régimen económico capitalista. KINGSBURY et al. (2005:55) consideran la transparencia como una exigencia típica de las propuestas de *bottom-up*, es decir, aquellas que pretenden someter el Derecho Global *directamente* a los principios de Derecho Administrativo interno, aunque de hecho podría ser perfectamente exigible en un procedimiento de tipo *top-down*, y así existen procedimientos de elaboración de normas privadas supranacionales que adoptan criterios de transparencia.

en éste, que cuente con las necesarias garantías de participación para que la norma privada supranacional²⁸⁶ pueda ser asumida como una norma jurídica en el Derecho interno²⁸⁷.

Distinto de todo lo anterior es el principio de transparencia, que goza ya de auténtica autonomía doctrinal, sobre todo a raíz de los avances legislativos. Para comprender esto, basta con hacer referencia a la reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Esta norma hay que tenerla siempre presente como otro de los baluartes de los principios administrativos en el Derecho español. Este principio se complementa siempre con el correspondiente derecho de acceso a la información pública, consagrado en el Capítulo III de la citada Ley 19/2013 en sus artículos 12 y siguientes, y al mismo tiempo en el artículo 42 de la CEDF en el ámbito europeo. El acceso a los documentos es una proyección práctica de la transparencia administrativa.

Un buen ejemplo para el ciudadano corporativo puede ser el artículo 11, que regula la información que ha de contener el llamado «Portal de la Transparencia»²⁸⁸, una página de la red a cargo del Ministerio de la Presidencia en el que se contendrá la información publicada de acuerdo con los siguientes principios: accesibilidad (proporcionar información estructurada sobre los documentos y recursos de información con vistas a facilitar su

²⁸⁶ Por poner un ejemplo actual, UNIDROIT se encuentra en elaboración de una Guía normativa relativa a contratos de inversión en el sector de la agricultura, la UNIDROIT-FAO-IFAD Legal Guide on Agricultural Land Investment Contracts. Pues bien, en este contexto, el Instituto ha abierto un procedimiento de información pública hasta el 30 de septiembre de 2019, al que se accede desde el siguiente enlace: <https://www.unidroit.org/work-in-progress/agricultural-land-investment/online-consultation>

²⁸⁷ En cualquier caso, el Derecho español vigente da un ejemplo excelente de participación en la elaboración de los reglamentos, muy riguroso y deseable, y desde luego superior al restringido sistema que conoció anteriormente. La actual elaboración de los reglamentos en el Derecho español se regula en el artículo 26 de la 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, tras la reforma operada a su vez por la disposición final 3.12 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. El procedimiento propuesto es común a la elaboración de anteproyectos de ley, de los proyectos de real decreto legislativo y de normas reglamentarias y consiste en una densa amalgama de consultas e informes, entre los que destaca la consulta «web» a todos los «potencialmente afectados» del apartado dos del citado precepto:

«2. Se sustanciará una consulta pública, a través del portal web del departamento competente, con carácter previo a la elaboración del texto, en la que se recabará opinión de los sujetos potencialmente afectados por la futura norma y de las organizaciones más representativas acerca de: a) Los problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias».

La expresión del precepto reproducido más arriba, amplia y generosa, contrasta con su predecesora de la anterior redacción del artículo 24 de la misma norma antes de la reforma de la Ley 40/2015, cuando los plazos de las consultas eran breves, éstas solían ser indirectas, pues se encargaban casi siempre a asociaciones representativas de los interesados (extremo éste siempre polémico) y la decisión de recabar una de estas consultas debía estar siempre debidamente motivada, siendo inhabitual la información pública.

Pues bien, este gran avance en la participación pública en los reglamentos administrativos debe ser un referente para las normas privadas supranacionales, pero siempre siendo flexibles con el nivel de exigencia.

Como ejemplo de estos procesos, pueden verse las respectivas páginas web de los Ministerios españoles. Por ejemplo, mostramos aquí el enlace del Ministerio de Hacienda: <http://www.hacienda.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/NormasEnTramitacion/Paginas/normasentramitacion.aspx>.

²⁸⁸ <http://transparencia.gob.es>.

identificación y búsqueda), interoperabilidad (definida por la Exposición de Motivos del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica como «*la capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos*») y reutilización (definido por el artículo 1 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público como «*régimen jurídico aplicable a la reutilización de los documentos elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público*»)²⁸⁹. De nuevo, no se trata de exigir estos parámetros a los ciudadanos corporativos -muchos no tendrían ni siquiera auténtico encaje en ellos-, sino de adoptar una guía para evaluar el acceso a la información en el seno de éstos, fundamentalmente en lo que se refiere a la justificación de sus decisiones y normas y en lo que sea útil para el protección de los intereses de los individuos a los que éstas van dirigidas.

7.4.1. Ejemplo. Transparencia Internacional

En el caso concreto del principio de transparencia, la referencia a nivel global es sin duda una ONG, Transparencia internacional²⁹⁰. La gran importancia y el compromiso social de este ciudadano corporativo nos sirve para matizar el componente de interés económico que encontramos con carácter general en el Derecho Global, y también para proponer un ejemplo de ciudadano corporativo en el mundo de las organizaciones no gubernamentales.

Entre las diversas actividades de interés social que lleva a cabo esta organización, podríamos incluir también la emisión de «guías» o «estándares», y por tanto de normas privadas supranacionales. Por ejemplo, de gran interés es una guía reciente, la llamada «*Guía práctica de*

²⁸⁹ La transparencia es, posiblemente, el principio que mayor aportación doctrinal ha recibido en los últimos años en el Derecho Administrativo interno (y también comparado). Sólo a título de ejemplo, véase en torno a la privatización de los procedimientos en materias científico técnicas BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2010): «Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia», en GARCÍA MACHO, R. (ed.) (2010): *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons, 49-80, esp. 70 y ss. Vid. también GUICHOT REINA, E. (2016): «Reflexiones acerca de la aplicación de la nueva normativa sobre transparencia pública», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 94, 89-106. Aquí la transparencia tendrá que ver con la opacidad del ciudadano corporativo al informar públicamente sobre sus procedimientos de aprobación normativa, participación pública en éstos, motivación de su rigor científico y jurídico, etc.

²⁹⁰ En el mismo sentido, SLAUGHTER (2004:197). Se trata de una organización no gubernamental constituida en Alemania, que se define a sí misma como «*la única organización no gubernamental a escala universal dedicada a combatir la corrupción, congregando a la sociedad civil, sector privado y los gobiernos en una amplia coalición global. A través de sus capítulos en el mundo y su Secretariado Internacional, Transparencia Internacional aborda las diferentes facetas de la corrupción, tanto al interior de los países como en el plano de las relaciones económicas, comerciales y políticas internacionales. El propósito es comprender y enfrentar los dos rostros de la corrupción: quien corrompe y quien permite ser corrompido*» (vid. <https://transparencia.org.es/que-es-ti/>).

autodiagnóstico y reporting en cumplimiento normativo». Como es sabido, el cumplimiento normativo es un ámbito rico para el Derecho Global. En este caso, Transparencia Internacional ha elaborado una guía que, en consonancia con los objetivos de la organización, se plantea como meta «orientar y asistir a las empresas en el diagnóstico y el fortalecimiento de sus políticas de cumplimiento en cuatro áreas: cumplimiento normativo, gobierno corporativo, prevención de la corrupción y reporting público país por país»²⁹¹.

A grandes rasgos, la citada Guía (cuya primera edición es de 2017) lo que contiene son parámetros o directrices de autodiagnóstico, lo que podríamos llamar una evaluación. Normativamente, es difícil extraer de ella obligaciones para los sujetos que la siguen, como tal vez sí que es más sencillo con otras normas supranacionales. Pero el valor de esta Guía está más, no sólo en su contenido innovador en el contexto español, sino sobre todo en su función de establecimiento de reglas de conducta que desarrollan un principio de Derecho Global. De esta manera, una violación, o por lo menos una violación significativa, de las directrices de «autocontrol» de la Guía, por parte de un sujeto privado que públicamente se ha comprometido a seguirla, podría hacerle incurrir en responsabilidad, lo que equivale a asumir que la propia Guía ostenta valor normativo para ese sujeto, aunque no esté concebida como norma aplicable y aunque no contenga su propio régimen sancionador, pero en lugar de la sanción esta se traducirá en la responsabilidad civil o penal del sujeto en cuestión. Este modelo de incumplimiento de la norma privada supranacional-responsabilidad civil general nos lleva a una vía más flexible de admisión de la normatividad de las normas supranacionales, que sin embargo no deja de reafirmar este carácter normativo, aunque las consecuencias no sean las mismas que las de la infracción de una norma jurídico-administrativa interna, que dispone de un elenco completo de sanciones administrativas y penales. Es decir que la antijuridicidad ínsita en el incumplimiento de una norma privada supranacional recibida se traduce en el reconocimiento implícito de la normatividad de tal

²⁹¹ <https://transparencia.org.es/guia-practica-de-autodiagnostico-y-reporting-en-cumplimiento-normativo/>. En dicha página se nos informa de que la citada guía consta de 273 indicadores y ha sido elaborada por Silvína BACIGALUPO (actual directora de la institución en España) y David MARTÍNEZ. Además, se nos informa de que «el proyecto, además, tiene un mayor alcance. En colaboración con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se desarrolló una herramienta digital para medir el cumplimiento de los indicadores de autodiagnóstico y reporting que forman parte de la Guía», que está disponible en la página de la propia CNMC: <https://arguide.cnmc.es>. Esta página contiene un curioso «disclaimer» que advierte de que la herramienta «no produce efectos jurídicos». Es cierto que es difícil obtener eficacia jurídica de una herramienta tecnológica. Pero sí que hay que advertir que no debemos dejarnos deslumbrar por los «disclaimers», como ya hemos dicho en otros puntos del presente trabajo, de la misma forma que no lo hacemos por el *nomen iuris* de los contratos, por ejemplo. La normatividad de las normas privadas supranacionales, como sabemos es recepticia; si concurren razones de orden o interés público para matizar esa normatividad, tal determinación es tarea del Juez nacional al controlar la aplicación de la norma.

norma supranacional, y por tanto de su carácter esencial de norma y no mera «recomendación».

7.4.2. Otros principios

Menos aún parece encajar la racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión²⁹², y sin embargo puede que sea este uno de los puntos en los que el ciudadano corporativo lleve más ventaja. Es comprensible que el ciudadano corporativo no tiene problemas de la naturaleza de los de las administraciones estatales. Si en aquéllas podría argumentarse la carencia de funcionarios y medios, la insuficiente inversión o la mala organización, pocas de éstas van a ser quejas reales en los ciudadanos corporativos, que son por naturaleza entidades privadas gestionadas con sus propios medios. En los procedimientos administrativos y en la elaboración de normas de estas entidades pueden existir o no mecanismos para reducir la duración de los procedimientos, pero en todo caso del ciudadano corporativo se espera una mayor celeridad procedimental, aunque a veces pueda ser a expensas del resto del sistema de garantías. En todo caso, estos principios le son igualmente exigibles al ciudadano corporativo.

Por otra parte, la buena fe, confianza legítima y lealtad institucional también pueden tener un cierto reflejo en el procedimiento global²⁹³. La *bona fides* es probablemente el principio jurídico por antonomasia del Derecho continental, por lo menos entre los privatistas. Las circunstancias concretas en las que el ciudadano corporativo puede incurrir en mala fe son múltiples, y de hecho bien podríamos decir que en este principio revierten las malas actuaciones en el ejercicio de funciones con relevancia jurídico-pública que se le pueden atribuir a los ciudadanos corporativos. Es, en cualquier caso, un principio casuístico, cuyo

²⁹² La fluidez de los procedimientos administrativos es otro de los grandes atractivos del Derecho Global. KINGSBURY *et al.* (2005:55) subrayan que la velocidad del procedimiento y su mayor simplicidad facilitan la toma de decisiones a nivel global (incluso para autoridades estatales), por lo que sugieren que el control de esta actividad acepte estos procedimientos menos exigentes y rígidos y admita una mayor deferencia hacia la autoridad decisoria. Esta propuesta es en cierto modo comprensible, pero no deberá nunca cercenar la eficacia de los derechos fundamentales para ser admitida. DANN y ENGELHARDT (2011:1377) hacen bien en recordar (poniendo como ejemplo el ICANN) que la simplicidad de estos procedimientos no debería eximir al ciudadano corporativo de control y que los sujetos privados tienen comprensibles problemas de legitimidad, pero como es comprensible, ambos argumentos no son suficientes para rechazar el Derecho Global, sino que sirven de incentivo para construir éste como un sistema provisto de o sometido a principios y especialmente a los derechos fundamentales.

²⁹³ Es clave, también, para construir los procedimientos de Derecho Global, contemplar la exigencia de buena fe como irrenunciable mediante cláusulas contractuales o distintas formas de consentimiento normativo. En este sentido, vid. FISCHER-LESCANO y TEUBNER (2004:1039) y GUZMAN, A.T. (2000): «Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules», *Duke Law Journal*, v. 49, pp. 1279-1334, pp. 1316-17.

análisis debe escudriñarse caso por caso. Como decíamos más arriba, no hay sede más especializada que los órganos judiciales para reconocer supuestos de mala fe.

El principio de confianza legítima también se abre paso por la vía jurisprudencial. CASSESE recuerda que el principio es una derivación de la buena fe objetiva, y consiste en la confianza racional generada por una actuación previa de la Administración pública²⁹⁴. En el Derecho Europeo, el principio ha sido también reconocido por el TJUE como uno de los principios fundamentales de la Comunidad, siempre que las expectativas de la confianza sean fundadas²⁹⁵. Resulta difícil afirmar este principio y su casuística *a priori*, pero siguiendo una norma ya consolidada en el presente trabajo, podrá rechazarse la aplicación de la norma privada supranacional cuando la quiebra de la confianza por parte del ciudadano corporativo obedezca verdaderamente a una mala fe deliberada para perjudicar al sujeto destinatario de la norma.

Con el principio de lealtad institucional aludimos a una forma de gobierno de las administraciones públicas que se caracteriza por su apertura a las relaciones de confianza mutua. Este principio es de eficacia multinivel, es decir, que se proyecta entre los distintos niveles de administraciones públicas (europeo, estatal, regional o local). Pero el principio de lealtad institucional tiene igualmente una dimensión importante en el nivel supranacional, primero en el Derecho europeo²⁹⁶. Pero también el mismo razonamiento es válido en el Derecho Administrativo Global²⁹⁷. Un Derecho objetivo supranacional y descentralizado no puede subsistir si las instituciones que lo generan no colaboran entre sí y coordinan la eficacia de sus normas, y menos aún si se enfrentan. La cooperación del ciudadano corporativo,

²⁹⁴ CASSESE (2015:20). La aplicación de este mismo principio al ciudadano corporativo resulta más que tentadora: por un lado, logra disciplinar el procedimiento en el ejercicio de funciones con relevancia jurídico-pública. Por otro, sitúa al sujeto destinatario de las normas privadas supranacionales como beneficiario de la misma confianza legítima que debe predicarse de la Administración interna. Además, su reconocimiento europeo nos da de nuevo la garantía de su viabilidad supranacional. Es al mismo tiempo otro principio jurisprudencial, por lo que su afirmación se debe a los casos concretos.

²⁹⁵ C-310/04, *España v. Consejo*; C-221/09, *AJD Tuna v. Direttur tal-Agricoltura u s-Said*.

²⁹⁶ Singularmente importante es su reconocimiento en el Derecho Europeo, en el artículo 4.3 TUE, que afirma: «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados». De este principio se derivan múltiples obligaciones para las partes: intercambio de información, consultas mutuas o respeto a las competencias respectivas y coordinación. Si algo ha demostrado la Unión Europea, y esto merece la pena recordarlo, es que una entidad supranacional no puede subsistir sin una base de cooperación leal tanto entre Estados como entre administraciones.

²⁹⁷ Vid. RAUSTIALA, K. (2002); SLAUGHTER, A.M. (2004b): *Power and Legitimacy in a Government Networks, The Partnership Principle, New Forms of Governance in the 21st Century*, London: Archetype Publications; VERDIER, P. J. (2011): «Transnational Regulatory Networks and Their Limits», *Yale Journal of International Law*, v. 34, n. 1, pp. 114-172.

además, tiene que desenvolverse en tres direcciones: la primera, con los Estados en los que se van a aplicar sus normas y sus administraciones. La segunda, con otros ciudadanos corporativos que van a ejercitar el mismo poder. Y la tercera, con los propios sujetos obligados por la norma. Aquí regresa de nuevo la constante idea del *comity*, que funciona como una suerte de «gravidad» que obliga a todos los actores de cosmos global a colaborar.

De la primera de estas relaciones es un buen ejemplo el Comité de Basilea²⁹⁸. El ciudadano corporativo, el propio Comité (tal es *de facto*, aunque formalmente no esté constituido), se relaciona con las administraciones de sus Estados miembros porque está constituido por sus propios Bancos Centrales, y distribuye sus documentos incluso a las autoridades de supervisión que no forman parte del Comité, que sin embargo siguen en la práctica sus normas. El Comité también se relaciona con otros ciudadanos corporativos, fundamentalmente con sus dos entidades hermanas, la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS). Los sujetos a los que estas normas van a aplicarse finalmente, sin embargo, no son parte de los acuerdos, pero en la práctica el Comité se relaciona con ellos informalmente, de manera que sus intereses pueden ser oídos y son conocidos cuando se dicta la norma final.

7.5. Responsabilidad

Pasamos ahora a abordar un principio de singular importancia en el ámbito de los ciudadanos corporativos, por lo que seguidamente explicaremos. Sobre el principio general, es fácil entender su función: es la consagración última de un régimen jurídico-público de responsabilidad por la actuación calificable como «gestión pública». Léase bien: responsabilidad, es decir, no mero control de la actuación o anulación o de los actos o facultad judicial de condena a hacer, sino responsabilidad, incluida la patrimonial²⁹⁹; y gestión pública, que hace referencia a cualquier sujeto, público o privado, al que se atribuya la gestión de bienes o servicios públicos.

²⁹⁸ Vid. BARNES, J. (2015): «La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y procedimiento», en DARNACULLETA GARDELLA, ESTEVE PARDO y SPIECKER GEN. DÖHMANN, *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, pp. 281-313, p. 296.

²⁹⁹ La noción de la responsabilidad o co-responsabilidad en la toma de decisiones ante una distribución de poder multinivel es introducida por KINGSBURY *et al* (2005:61). Por otro lado, recuérdese que atribuir responsabilidad a los autores de las normas de *soft law* era uno de los problemas que generaba este tipo de regulación, tanto cuando las normas «blandas» tenían por autores sujetos jurídico-públicos como cuando éstos son privados. Sobre esto vid. también SARMIENTO (2006, 2008).

Pues bien, la respuesta que proponemos es la siguiente. Sin duda el ciudadano corporativo, de naturaleza esencialmente privada, debe estar sometido a responsabilidad. Y además, no a una responsabilidad de Derecho privado, sino a una responsabilidad de Derecho público, en la medida en la que ejercite funciones con relevancia jurídico-pública. Insistimos, sólo en la medida en que ejercite dichas funciones puede el ciudadano corporativo ser sometido a un régimen de responsabilidad jurídico-público, pero en ese caso la responsabilidad es ineludible y debe por tanto responder por el *funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*³⁰⁰.

No importa, a estos efectos, que el ciudadano corporativo no sea una entidad dependiente de ninguna Administración en concreto, o que la actuación del ciudadano corporativo no pueda atribuirse a la Administración misma. Los actos y disposiciones normativas del ciudadano corporativo deben ser calificadas como jurídico-públicas, porque se dictan ejercitando funciones con relevancia jurídico-pública de hecho, y por tanto deben generar, a nuestro modo de ver, una responsabilidad que, aunque sea jurídico-privada por ser reclamada por un particular, debe en la práctica tener un resultado equivalente al que tendría la responsabilidad jurídico-pública por el mismo acto o norma, al menos en la medida de los poderes que el ciudadano corporativo pueda ejercer³⁰¹. Por tanto, aunque la vía jurisdiccional para la reclamación de responsabilidad debe ser establecida por el Derecho interno, el resultado material debe ser, en la medida de lo posible, equivalente a la jurídico-pública, o al menos no reductible a los parámetros de una responsabilidad jurídico-privada.

³⁰⁰ Recuérdese que, aunque hayamos propuesto ser flexibles con la aplicación de principios de Derecho administrativo a los ciudadanos corporativos, la asunción de determinadas funciones en las que éstos sustituyen *de facto* al poder público justifica, a nuestro entender, que se les someta al mismo régimen de responsabilidad, máxime cuando no están sometidos en sus procedimientos de decisión a procedimientos tan sumamente garantistas como aquellos propios del Estado de Derecho. Piénsese, por ejemplo, en el arbitraje internacional y sus críticas por ausencia de sistemas de rendición de cuentas y sometimiento a responsabilidad, vid. KINGSBURY, B. y SCHILL, S. (2009): «Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law», *IIJ Working Paper n. 2009/6*, Global Administrative Law Series; YACKEE, J.W. (2012): «Controlling the International Investment Law Agency», *Harvard International Law Journal*, Volume 53, Number 2, pp. 392-448, MONTT, S. (2012): *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Oxford: Hart Publishing y STEINBACH, A. (2016): «Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 80, pp. 1-38.

³⁰¹ Así, el ciudadano corporativo no puede, por ejemplo, ordenar el cierre de un laboratorio regulado por una de sus normas cuyos efectos resulta que generan responsabilidad, pero sí que puede resarcir a los afectados por la creación de dicha norma, que al ser aplicada provoca un daño o un mal funcionamiento de la industria o servicio en cuestión.

El principio de planificación³⁰² tiene interés no tanto para el control de las normas privadas supranacionales como para la dirección de los propios ciudadanos corporativos. Por otra parte, los citados principios tienen como objetivo introducir en las Administraciones públicas criterios de eficiencia propios del sector privado, en aras de la eficiencia económica y financiera. Por tanto, como puede imaginarse, es cierto que los ciudadanos corporativos se adaptan con mucha más facilidad a tales principios, precisamente porque tienen naturaleza privada. Es más, en este caso el control debería ir en dirección contraria. Son las normas privadas supranacionales las que pueden aportar mucho a la gestión de la actividad administrativa, gracias precisamente a su origen privado y a su mentalidad, por lo general de corte marcadamente económico. Por ejemplo, en lo que respecta a la evaluación de los resultados, tienen ya un papel muy importante (y polémico) las llamadas agencias de calificación, que emiten informes y calificaciones sobre los productos financieros y activos de toda clase de entidades, incluso las públicas (los Estados mismos)³⁰³.

En cualquier caso, no se puede exigir a los ciudadanos corporativos un modelo de gestión concreto, en la medida en que sus normas no vendrán necesariamente influidas por el cumplimiento o no de tales requisitos. Por su parte, la eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados; economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales; eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, son por lo demás objetivos por lo general fácilmente aplicables al procedimiento global³⁰⁴. En lo que

³⁰² La planificación parece más influida por las redes de cooperación y las normas derivadas de tratados internacionales, aunque puede verse igualmente beneficiado desde luego por las normas privadas supranacionales. Sobre la función planificadora de, por ejemplo, los memorandos de entendimientos y otro tipo de *soft law* que establecen planes de acción transnacional o cooperativa, vid. SCHMIDT-ASSMANN (2006:12).

³⁰³ Sobre esto vid. TAPIA HERMIDA, A.J. (2010): *Las agencias de calificación crediticia: agencias de “rating”*, Cizur Menor, Navarra : Aranzadi.

³⁰⁴ Vid. por ejemplo las citan anteriores de KINGSBURY *et al.* (2005:55) y DANN y ENGELHARDT (2011:1377) sobre la simplicidad de los procedimientos, la primera como posición favorable, y la segunda como posición crítica.

respecta a estos principios también hay que decir, de nuevo, que el ciudadano corporativo es un aliado del sector público más que un adversario³⁰⁵.

7.6. El principio contradictorio y el deber de motivación

El principio contradictorio, procedente del Derecho procesal, garantiza un procedimiento justo para el ciudadano, con reserva de trámites para alegar lo que a su derecho convenga³⁰⁶.

El principio tiene una naturaleza garantista y se origina en el procedimiento administrativo sancionador, pero se extiende pronto a todos los procedimientos limitativos de la autonomía de la voluntad privada del ciudadano o restrictivos de sus derechos individuales. En el Derecho español el principio se fundamenta en el artículo 24.1 de la Constitución en su vertiente procesal. En su vertiente administrativa, sin embargo, hay que buscar el fundamento más bien en el artículo 103.1 de la Constitución, aunque no hace mención expresa del principio³⁰⁷. La introducción en el Derecho español viene potenciada también por el

³⁰⁵ Eficacia se consagra ya en el artículo 103.1 de la Constitución, aunque ha venido a tener un nuevo significado en las nuevas leyes administrativas, al aparecer asociado con conceptos económicos. La eficiencia, por su parte, juega un papel central en el sistema de «economización» del procedimiento administrativo, y ha sido eje de diversas reformas, incluyendo por supuesto la última. El marcado carácter económico del precepto se revela como comprensible cuando leemos reiteradamente en los textos legislativos expresiones como «*el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía*» (Exposición de Motivos de la Ley 40/2015, párrafo 3º). Pero el precepto que consagra en nuestro ordenamiento el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos es sin duda el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Este precepto prescribe ya la «planificación plurianual y de programación y presupuestación», así como los informes obligatorios de impacto en la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera. En otras palabras, se ha introducido en todos «*Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley [2/2012] que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros*» un mecanismo obligatorio de control no sólo del gasto, sino del ratio de resultados financieros por el importe invertido en el gasto público concreto, que aspira a un mejor control de la actividad financiera de la Administración (artículo 7.3 de la Ley 2/2012).

³⁰⁶ Sobre estos dos principios se pronuncia más habitualmente la doctrina, comenzado por la propuesta clave, la de CASSESE (2005b:984) cuando habla del *due process of law*. KINGSBURY et al. (2005:23) han puesto como modelo del *due process* el procedimiento sancionador de la Agencia Mundial Antidopaje; CASSESE (2005a:110) el GATT -y en particular su artículo XX, entiendo que el incumplimiento del debido proceso impuesto por una norma supranacional a los Estados supondría un caso de trato arbitrario prohibido; CARDUCCI (2014:288) contraponen la *Herrschaft* económica de la globalización al *due process*, HARLOW (2006:188) pone precisamente al TJUE como ejemplo de un tribunal que ha ido creando una serie de garantías procesales para proteger los derechos de los ciudadanos. Por supuesto, puede decirse que este principio es el mejor representante del control de la discrecionalidad, y posiblemente es así (vid. por ejemplo GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011:214), donde discuten las técnicas de control de discrecionalidad de la potestad reglamentaria y su difícil encaje, especialmente en el caso de la motivación). Pero desde luego no es el único: así, todo el procedimiento de legitimación, en conjunto, puede ser entendido como una fórmula de control de la discrecionalidad. En definitiva, el principio contradictorio y su conflicto con la fuerza de las funciones *de facto* propias del Derecho Global es la clave que vertebra la problemática que abordamos en el presente trabajo.

³⁰⁷ De hecho, para encontrar mención del principio de contradicción en el Derecho administrativo hay que dirigirse al artículo 75.4 de la Ley 39/2015, que al regular los actos de instrucción del procedimiento administrativo común establece que «*en cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento*».

reconocimiento del principio mismo en el Derecho Europeo, a su vez en los diferentes niveles de éste. Singular importancia ostenta su reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma de 1950, en su artículo 6, que como sabemos es el derecho a la tutela judicial efectiva del Convenio, el equivalente e inspirador -junto con su homólogo italiano- del mencionado artículo 24 de la Constitución española. Lo peculiar aquí ha sido la interpretación que el TEDH ha dado al principio, pues no lo limita a los procesos en sede judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos.

La audiencia debe concederse específicamente a aquellos sujetos afectados directamente por la norma privada supranacional, que vean limitada su autonomía de la voluntad o afectados específicamente sus derechos subjetivos. Para esto hace falta una audiencia específica al interesado, que debe haber podido expresar ante la autoridad relevante del ciudadano corporativo en qué le afectaría negativamente la norma. En caso de no haber tenido acceso a dicha audiencia, o de que aún celebrándose no se haya atendido a las peticiones del ciudadano afectado, éste, en la recepción de la norma privada supranacional, podrá objetar a la parte de la norma que le perjudique personalmente, e igualmente podrá el órgano judicial nacional integrar la norma en el ordenamiento interno pero inaplicando la norma a los efectos que perjudiquen al sujeto concreto, si así lo considera conveniente el órgano judicial en cuestión.

En caso de que el ciudadano corporativo haya pretendido eludir deliberadamente la justificación de la norma para perjudicar al sujeto destinatario, o a un conjunto de ellos, o para impedir determinada interpretación de la norma, o haya eludido cualquier forma de participación y audiencia de interesados, entonces el órgano judicial sí que podrá valorar si excluir la aplicación de la norma privada supranacional en el Derecho interno. En segundo lugar, llegados al momento del análisis de la norma por parte del órgano judicial nacional, éste examinará como motivación no sólo las declaraciones contenidas en la propia norma sobre sí misma, sino toda la documentación que haya podido recabarse o haya sido entregada por el propio ciudadano corporativo. Este extremo, como todos los anteriores, queda en manos de la valoración flexible del órgano judicial nacional caso por caso.

8. Ejemplo de conjunto de ciudadano corporativo (1): el Comité de Basilea

Como ejemplo de conjunto para ilustrar el funcionamiento del ciudadano corporativo tomaremos el ejemplo de Basilea III, norma privada supranacional del sector financiero

emanada del Comité de Basilea. Esta es la norma regia del sector financiero, el llamado «Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios», más conocido, decimos, como Basilea III.

8.1. El sujeto: el Comité de Basilea

Conocemos con el nombre de Comité de Basilea a una organización supranacional no constituida formalmente e integrada por los Bancos Centrales de 13 de los Estados económicamente más poderosos del Mundo (el G-10 más Países Bajos, España y Luxemburgo)³⁰⁸. Fue fundada en 1975 y desde los años ochenta desarrolla una labor regulatoria, formulando normas y directrices de supervisión bancaria, con la finalidad de homogeneizar y perfeccionar los mecanismos de supervisión. Su nombre deriva del lugar de su sede, el Banco Internacional de Pagos (*Bank for International Settlements*, BIS por sus siglas en inglés) en la ciudad de Basilea en Suiza.

Como explica la propia organización en su página en la red, su fundación fue consecuencia de la quiebra de dos bancos en 1974, el alemán *Bankhaus Herstatt* y el americano *Franklin National Bank*. En aquellos episodios se evidenció la falta de regulación, o las deficiencias de ésta, y se suscitó la necesidad de crear un órgano capaz de organizar la supervisión de la actividad internacional del sector bancario. Posteriormente, otras crisis han reafirmado la misma necesidad: la crisis de la deuda latinoamericana de 1982 mostró, en palabras de la propia organización, el peligro que los bancos infracapitalizados ofrecían al ser expuestos a la deuda soberana. Aquí puede trazarse el origen de las normas sobre supervisión bancaria, que van a ser la clave de la actividad normativa del Comité³⁰⁹.

Puede decirse, por tanto, que es esta una organización de aquellas a las que hemos denominado «ciudadano corporativo». Se trataría, en su caso, de un tipo particular: el ciudadano *de facto*, que ni siquiera ha sido formalmente constituido bajo ninguna forma jurídica en el Derecho de ninguna jurisdicción, ni como Organización Internacional mediante ningún tratado internacional. Sin embargo, su existencia y su poder, ambos de mero hecho, no pueden desconocerse, ni dejar de controlarse por parte del Estado en el que deben aplicarse sus normas.

³⁰⁸ Vid. <https://www.bis.org/bcbs/>

³⁰⁹ Vid. https://www.bis.org/about/history_4global.htm.

8.2. La norma: Basilea III

La norma objeto de estudio, Basilea III, es el producto de una evolución histórica de las normas regulatorias del Comité de Basilea, cuyos precedentes son Basilea I, dictada en 1988, y Basilea II, en 2004. Cada una de estas normas ha tenido como objetivo su adaptación al contexto económico supranacional en el que se ha desenvuelto, y en particular, reforzar la estabilidad financiera bancaria y las facultades de supervisión de los bancos centrales, desembocando en Basilea III.

Lo que nos interesa aquí es, no el aspecto del contenido de la regulación económica y financiera de los acuerdos, sino la conceptualización jurídica de las normas. Sobre lo primero, la doctrina económica ha escrito mucho, de lo que aquí sólo podemos hacernos eco vagamente, tanto por la prolijidad de dicho contenido, como por la impericia de quien escribe en materia de análisis financiero. Hay, eso sí, dos, uno en la doctrina alemana y otro en la norteamericana, que merecen la atención particular que vamos a prestarles. Ambos fueron análisis realizados sobre el Acuerdo de Basilea II, pero su análisis, en lo que respecta a su contenido, es igualmente válido para el Acuerdo de Basilea III³¹⁰.

8.2.1. La concepción germánica

La doctrina alemana ha reaccionado ya al reto de categorizar los Acuerdos de Basilea. El planteamiento de S. WEBER, el autor que se ha ocupado de este asunto³¹¹, rezuma una nítida remembranza germánica del idealismo estatista hegeliano al intentar enclaustrar el Comité de Basilea en las tradicionales potestades de la Administración estatutaria. Su argumento consiste en reconducir los Acuerdos de Basilea al esquema clásico del Derecho del

³¹⁰ Se trata de WEBER, S. (2005): «Vom juristischen Rauschen: zur rechtlichen Geltung der Standards des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht», en BRÖHMER, J.; LANGENFELD, C.; et. al. (2005): *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Röss*, Colonia: Karl Heymanns Verlag, pp. 1597-1609, como obra de referencia del Derecho alemán, y BARR, M. y MILLER, G. (2006): «Global Administrative Law: The View from Basel», *European Journal of International Law*, n. 17, pp. 1-17, p. 1 at 17, como la referencia en la doctrina anglosajona. En Italia es importante sobre todo la obra de DE BELLIS, M. (2010): «Public Law and Private Regulators in the Global Legal Space, The new Public Law in a Global (dis)order. A perspective from Italy», *Jean Monnet Working Paper* 17/10 y DE BELLIS, M. (2012): *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano: Giuffrè, autora que en términos generales interpreta el fenómeno del Derecho Global desde el Derecho Internacional Público, y argumenta que el Comité de Basilea sería una organización internacional no formalmente constituida. En el presente trabajo, disentimos de tal planteamiento, tanto en atención a los sujetos que intervienen en el Comité (que está integrado por los bancos centrales de diversos Estados, pero también intervienen en la elaboración de sus normas entidades privadas del sector) como a la luz de su propia actividad (pues resulta sorprendente que, tras décadas de actividad, nunca se haya constituido formalmente). Tales rasgos evidencian una voluntad deliberada de huir del Derecho Internacional Público, y el destino de esta huida es, sin duda, el Derecho Global.

³¹¹ WEBER (2005:1597 y ss.).

Estado, y por tanto a reducirlos a una norma estatal. Esta es, al fin y al cabo, la tónica general del concepto de *Internationales Verwaltungsrecht* del Derecho alemán, frente al *Global Administrative Law* norteamericano.

Según este planteamiento, el relato histórico del nacimiento de los Acuerdos explica por qué la iniciativa surge de autoridades administrativas, y no de los operadores bancarios. A mediados de los años ochenta, los bancos redujeron capital en una peligrosa *race to the bottom* que amenazaba con dar al traste con la estabilidad de todo el sistema financiero. De ahí los esfuerzos para introducir reglas uniformes sobre los requisitos mínimos de fondos propios para el sector bancario. El resultado se denominó el Acuerdo de Capital de Basilea de 1988, habitualmente llamado Basilea I. El objetivo del Comité de Basilea de supervisión bancaria con todo este trabajo normativo fue la estandarización (o unificación) de las normas de adecuación de capital, convirtiéndose en un hito del fortalecimiento de la estructura de los sistemas financieros internacionales. Su éxito es obvio, y basta para entenderlo recordar que las normas del Comité se aplican en la mayoría de Estados que cuentan con un sector financiero internacional, y no sólo en los Estados firmantes.

Por otra parte, en junio de 1999, el Comité de Basilea redactó una propuesta para un nuevo marco (*New Capital Adequacy Frameworks*) que debía reemplazar el acuerdo vigente. De estos esfuerzos nació Basilea II. Este marco reposaba sobre tres pilares: en primer lugar, los requisitos mínimos de capital propios, que refinaban aquellos de los acuerdos de 1988. Se consideraron el crédito y el riesgo de mercado, pero también el riesgo operativo. Éste último es definido en Basilea II como «*el riesgo de pérdida debido a la inadecuación o a fallos de los procesos, el personal y los sistemas internos o bien a causa de acontecimientos externos*» (n. 644), definición que incluye el riesgo legal, pero excluye el riesgo estratégico y el de reputación. En segundo lugar, habrá un regulador-supervisor que examinara los procesos internos de los bancos para el cálculo de los riesgos (*Internal Assessment Process*). Y se regulaba, en tercer lugar, el uso de información sobre la disciplina sobre el mercado (revelación de los procesos de medición de riesgos y riesgos e indicadores de riesgos). El nuevo marco debía ser instituido para el 2007. El principal objetivo de las nuevas regulaciones era un conservación de la equidad entre los bancos, que corresponde a su perfil de riesgo individual. Los bancos debían atenerse a los nuevos reglamentos especialmente en lo que respecta a los fondos propios, pues existen determinados créditos a través de los cuáles se reciben más riesgos. Se establece un techo para

unos adecuados recursos de capital, dentro de los cuáles el banco afectado debe estar en una situación tal que pueda evaluarse con exactitud su riesgo.

Llegamos ahora al punto crucial, que es la naturaleza jurídica de los Acuerdos. S. WEBER ha argumentado que no pueden clasificarse como un fenómeno de autorregulación de la economía. Si admitimos la reconstrucción anterior de las andanzas del Comité, se sigue que el marco del Comité de Basilea no es un supuesto de autorregulación de la economía alguna, dado su marcado carácter estatista. La autorregulación de la economía, dice, ocurre típicamente en la forma de estándares y reglas o directrices de las asociaciones económicas (como ejemplos pone, en Alemania, la asociación bancaria nacional (*Bankverbände*), y en Austria la asociación profesional de Bancos y Banqueros (*Fachverbands der Banken und Bankiers*) o en forma de acuerdos informales (llamados «pactos entre caballeros» o «compromisos vinculantes»), que se adelantan a una futura regulación por Ley³¹².

El Comité de Basilea no consistiría por tanto en una autorregulación de la economía, porque los bancos no están representados en el Comité. Para el autor, queda demostrado que el Comité de Basilea es un Foro para la formación de la voluntad de las autoridades administrativas estatales. Los estándares serán desarrollados por parte de los poderes administrativos estatales y para sí mismos. El marco institucional de los estándares de Basilea son los reglamentos estatales, o más en concreto: el Derecho estatal de la supervisión bancaria. Pero de ahí llega también a otra conclusión igualmente crucial: siendo esto así, nos movemos también en el terreno del Derecho Administrativo Internacional³¹³.

Así, en el Comité de Basilea trabajan conjuntamente autoridades administrativas de diferentes Estados. Los órganos estatales, singularmente las autoridades de supervisión

³¹² WEBER (2005:1600 y ss.). En el mismo sentido, vid. DE BELLIS (2012). Siguiendo el planteamiento de estos autores, las reglas o estándares son típicamente normas privadas (las normas privadas supranacionales que venimos estudiando en el presente trabajo) que mediante los estatutos de la asociación se aplican a sus miembros, y éstos pueden a su vez salir de la asociación si quieren evitar la aplicación de dichas normas -salvo que se prevea la asociación obligatoria-. Además se someten a varias formas de acuerdos informales, especialmente acuerdos entre caballeros y compromisos. Éstos serán adoptados por el sector financiero, evitando una legislación restrictiva por la forma de Ley o Reglamento. La perspectiva de un control forzoso en las manos del legislador parece el principal incentivo para que el sector financiero sea a menudo voluntariamente libre de normas y reglamentos muy restrictivos.

³¹³ WEBER (2005:1602-3). El objeto del Derecho Administrativo Internacional implicaría, según el autor y muy a grandes rasgos, la aplicabilidad local del Derecho administrativo estatal, la posibilidad de aplicar los preceptos de Derecho extranjeros (Derecho de conflictos, la legitimidad del Derecho extranjero) y la pertinencia jurídica de la acción de las oficinas extranjeras en el territorio del Estado, además de la colaboración de la Administración estatal con las Administraciones extranjeras. Con estos fundamentos, se recoge un concepto de Derecho Administrativo Internacional según el cual éste es parte del Derecho estatal y no parte del ordenamiento jurídico entre Estados, que es el Derecho Internacional Público.

bancaria, dirigen dichas actividades conjuntas. De esta forma no se crea un órgano unificado que involucre a todas ellas, sino que los Estados implicados permanecen separados entre ellos, y obran conjuntamente. Su colaboración se extiende mientras dure la actividad.

La unión en que consiste el Comité de Basilea sería entonces una unión de procedimiento. Lo decisivo para comprenderla como concepto jurídico-público es la intervención y no el resultado de la actividad. Las formas del trabajo conjunto de los órganos estatales, que son la consulta colectiva y la provisión conjunta de una determinada fórmula de supervisión votada sobre los fundamentos del Derecho de supervisión interestatal, demostrarían que el objeto de los Acuerdos es abordar fórmulas procedimentales (en concreto, las de supervisión).³¹⁴.

Pues bien, asumiendo que todo esto fuese correcto, el problema del Comité de Basilea quedaría resuelto simplemente como la emergencia de un Derecho estatal. Pero lo cierto es que el problema no es tan sencillo. Puede entenderse el afán por reconducir las normas del Comité de Basilea, incluso todo el Derecho Administrativo Internacional, a los esquemas del Estado tradicional. Al fin y al cabo, es el paradigma jurídico con el que hemos sido formados como juristas, y con el que hemos convivido en los dos últimos siglos. Además, no es necesario reiterar que en la doctrina jurídica germánica, el Estado como agente vertebrador del poder político y jurídico está muy rígidamente arraigado.

No obstante todo lo cual, la realidad desborda este planteamiento estatista. En primer lugar, es cierto que en el Comité de Basilea están representados los órganos de supervisión bancaria del Derecho interno, y también lo es que éstos asumieron la iniciativa de la unión bancaria. Sin embargo, no es tan claro que los operadores bancarios no tengan ninguna participación en el Comité de Basilea, ni siquiera fuera de los cauces oficiales. Al contrario, como luego demostraremos, los operadores privados de todos los sectores, pero especialmente la industria y la banca, participan en el proceso de elaboración de las normas del Comité de Basilea. A este respecto, conviene recordar de nuevo que el Comité de Basilea nunca ha sido

³¹⁴ WEBER (2005:1608). El proceder conjunto de las autoridades estatales en el marco del Comité de Basilea tiene, según el citado autor, tres beneficios decisivos: en primer lugar, se facilita un voto bien enfocado de las autoridades administrativas estatales sobre las actividades internacionales de los Bancos, con un punto de vista amplio y cruzando las posiciones e intereses de los distintos reguladores (y por ende, de los Estados a los que representan). En segundo lugar, la calidad de la supervisión mejora al compartirse entre todos los Bancos Centrales un amplio *know-how*. Y en tercer lugar, mediante la comprensión conjunta de las medidas de supervisión se hará posible un reconocimiento unilateral de los mecanismos de supervisión de otros Estados, al compartir todos los principios fundamentales de la supervisión adoptados en los Acuerdos. Se impugnan así las teorías normativas que afirman la diversidad de formas de aparición jurídica, o dicho de otro modo, el pluralismo

formalmente constituido, lo que le da una flexibilidad grande y permite que los operadores privados intervengan mediante métodos indirectos -por lo demás legítimos-, como por ejemplo, mediante el sobradamente conocido método del grupo de trabajo o *lobby*.

Éste último punto nos lleva a su vez al siguiente: el Comité de Basilea no es una organización internacional formalmente constituida³¹⁵. En primer lugar, muchos de los bancos centrales tienen una naturaleza distinta entre sí, conviviendo modelos jurídico públicos con modelos de Derecho privado. Efectivamente, en ambos casos ejercen funciones con relevancia jurídico-pública, pero normalmente desde una posición de autonomía respecto de la acción administrativa dependiente de los altos poderes del Estado (por ejemplo, el Banco de España respecto de la Administración General del Estado, tal y como regula la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España).

Estos organismos supervisores estatales se reúnen en un Comité, que a su vez también ejerce funciones con relevancia jurídico-pública. Pero de ahí no se deriva su propia naturaleza jurídico-pública. Tampoco existe ni tratado internacional ni aún un pacto entre caballeros del que sean parte los Estados miembros, sino que se reúnen directamente los organismos supervisores, que son de diversa naturaleza. Por ese motivo hemos sostenido en el presente trabajo que el Comité de Basilea es un ciudadano corporativo *de facto*. Al no existir documento constitutivo ni estatutos propiamente dichos, es una entidad existente de hecho. Y al no existir constitución formal como entidad jurídico-pública, tampoco puede afirmarse que su naturaleza institucional sea de Derecho público, de lo que se deduce que su naturaleza es la subsidiaria, la jurídico-privada.

Otra cosa es que el ciudadano corporativo ejerce funciones con relevancia jurídico-pública. Esto es más que lógico en el caso del Comité de Basilea. En la medida en que sus integrantes (tengan o no naturaleza institucional jurídico-pública) ejercitan funciones con relevancia jurídico-pública, más incluso, en la medida en que su aspiración al reunirse en el Comité es precisamente coordinar esas políticas públicas, la actividad resultante del Comité de Basilea será jurídico-pública. Así lo consideramos nosotros, en particular en la emisión de sus normas.

³¹⁵ En este sentido, BARNÉS (2015:296). Incardinarla dentro del Derecho Internacional Público o el Derecho Administrativo Internacional resulta una aseveración sorprendente, pues ni los supervisores estatales de la actividad bancaria son necesariamente sujetos de Derecho público ni el Derecho Administrativo Internacional es una rama del Derecho estatal propiamente dicha. Sí que sirve para subrayar, sin embargo, que falta en el Comité de Basilea y sus normas -según los autores anteriores- el elemento de hibridación que, sin embargo, nosotros sí que afirmamos.

Como es habitual, sus normas se presentan en forma de meras recomendaciones, si bien son después asumidas como normas internas por las autoridades miembros del Comité. Estas recomendaciones son, en realidad, normas privadas supranacionales, que pueden ser recibidas por sujetos particulares sin ninguna dificultad como normas aplicables a sí mismos, en cuyo caso desplegarán los efectos que ya estudiamos en la primera parte del presente trabajo, fundamentalmente su plena eficacia como normas obligatorias de las que puede derivarse responsabilidad patrimonial del legislador³¹⁶.

Lo relevante, a efectos de la categorización de las normas emanadas del Comité de Basilea, es partir de que esta organización, que existe de hecho, es de naturaleza jurídico-privada, como lo son sus normas, aunque a su vez regulen ámbitos de Derecho público. Por tanto, sus productos normativos no pueden ser reconocidos como Derecho del Estado, por mucho que los miembros del Comité sean autoridades públicas dentro de sus propios Estados de origen. La realidad extrajurídica, entonces, exige reconocer que existen normas internacionales de naturaleza propiamente privada que deben ser integradas en el Derecho del Estado, que en ningún caso son meras normas estatales concebidas en virtud de un acuerdo internacional.

8.2.2. La concepción norteamericana

Si la concepción germánica del Derecho Administrativo Internacional es estatalista, la concepción anglosajona es prácticamente su absoluto opuesto. No en vano, lo que ha pretendido la doctrina norteamericana es situar las normas del Comité de Basilea en el Derecho Administrativo Global, para buscar en ellas los posibles principios de un conjunto supranacional nacional de normas aparentemente incoherente. Un examen específico de las

³¹⁶ Por último, concebir el Derecho Administrativo Internacional como un Derecho estatal también es recoger insuficientemente el fenómeno. Esta es la posición de DE BELLIS (2012), quien no ve en el Comité de Basilea más que un tratado internacional no formalizado; sin embargo, a nosotros nos parece claro que este ejemplo, como IOSCO y otros, no son propiamente instituciones inter-estatales (en el mismo sentido, SLAUGHTER, 2004:38). Aquí está el nudo del debate entre Derecho Administrativo Internacional y Derecho Administrativo Global. Desde una perspectiva estatalista, incardinar las normas internacionales en el Derecho Administrativo nacional es necesario, porque no hay una teoría amplia capaz de admitir la existencia de funciones con relevancia jurídico-pública más allá del Estado. Este problema no lo tiene sin embargo el Derecho Administrativo Global, que estudia bajo el epíteto de «global» cualquier norma no estatal que materialmente regule ámbitos de Derecho público. Sin embargo, esto se hace sacrificando la búsqueda de un fundamento común de las normas internacionales. En el presente trabajo hemos intentado seguir una vía intermedia, asumiendo como objeto de nuestro estudio los contenidos del Derecho Global, pero tratando de articular una teoría general de las normas privadas supranacionales y situando al Estado como garante, tanto de la legitimidad democrática de las normas (o al menos, de una legitimidad democrática que aprueba su aplicación) como de los principios y valores fundamentales del Estado de Derecho.

normas del Comité de Basilea como normas del Derecho Administrativo Global lo han realizado BARR y MILLER, si bien sobre el molde de Basilea II³¹⁷.

La intención de ambos autores, nos dicen, es extrapolar los esfuerzos de conceptualización del Derecho Administrativo Global liderados por KINGSBURY y otros al Comité de Basilea, como ejemplo, pero también como modelo para el resto del ordenamiento global. El gran motivo para adoptar este modelo es comprensible: Basilea I fue la norma regulatoria internacional más exitosa hasta entonces, y la misma estela han seguido Basilea II y Basilea III³¹⁸. Merece la pena hacerse eco aquí de sus exitosos resultados.

Como recuerdan los autores, se ha dicho que el Comité de Basilea es probablemente uno de los mayores ejemplos de regulación transnacional que ejerce funciones con relevancia jurídico-pública muy amplias, aparentemente si ninguna clase de control democrático. Para hacerse una representación mental de una reunión del Comité, dicen, habría que imaginar *«un club de gobernadores de banco central, encontrándose en secreto en una de las ciudades suizas más ricas, famosa por su discreción, su icónica escuela de diseño gráfico y sus bares aburridos»*³¹⁹. La realidad, sin embargo, es menos truculenta, y refleja una actividad jurídica que puede adaptarse bien a las exigencias de un Estado de Derecho.

El prejuicio frente al Comité de Basilea dice que éste es un instrumento de la globalización, que es una organización no formalizada falta de transparencia y que sirve para legitimar la continuidad del poder financiero de las grandes potencias. Desde una óptica de los teóricos de la economía liberal de los países desarrollados, también se ha criticado que, mediante la homogeneización de la regulación bancaria se perjudica la competencia entre Estados, que se vería favorecida si cada uno de ellos buscara implantar su propia regulación económica y financiera³²⁰.

³¹⁷ BARR y MILLER (2006).

³¹⁸ BARR y MILLER (2006:16-17).

³¹⁹ BARR y MILLER (2006:17).

³²⁰ MACEY (2003). Aunque es cierto que inicialmente el Comité tuvo una importante deficiencia en su opacidad, la realidad hoy es bien distinta. Como acertadamente recuerdan los autores, la mayoría de los Bancos Centrales, desde luego los de los Estados de Derecho, tienen un status independiente dentro de su Administración. Pero ningún Banco Central del mundo ostenta una independencia completa respecto de los poderes del Estado, y es lógico. Por un lado, la aprobación parlamentaria del marco que regula al propio Banco Central lo legitima democráticamente. Por otro, hay mecanismos por los que el poder ejecutivo fuerza al Banco Central a tomar ciertas decisiones. Esta es una práctica cuestionable, pero la realidad del sistema financiero exige a veces ciertos giros de timón para los que ninguna autoridad bancaria, ni siquiera pública, está legitimada sin el respaldo de una autoridad democrática del Estado.

La realidad actual del Comité de Basilea dificulta estas prácticas intervencionistas, al imponer un marco común. La regulación bancaria también permite evitar que las multinacionales, muchas de las cuáles son ciudadanos corporativos ellas mismas, puedan imponer su juego de intereses, incluso normas de su propia autoría, al igual que se hace difícil y ya conocido peligro de las *race to the bottom*, tanto en la práctica bancaria como en la regulatoria. Para las entidades financieras resulta imposible, jurídicamente hablando, disminuir su capital por debajo de los estándares, lo que llevaría fácilmente al colapso si todas buscaran multiplicar su liquidez reduciendo sus reservas. Y al mismo tiempo los Estados no pueden relajar sus normas al mínimo para atraer la inversión, lo que dificulta aún más que el proceso de reducción de capital se reproduzca en la práctica.

A todo esto hay que añadir que el Comité de Basilea permite intercambiar información a los equipos de gobierno de los respectivos bancos centrales. La información y la experiencia ganada en estos encuentros, que se celebran regularmente, pueden ser valorados desde el punto de vista financiero como un activo añadido³²¹.

Jurídicamente y desde la perspectiva del Derecho Administrativo Global, puede haber una confrontación entre las normas privadas supranacionales y las normas internas, es decir, un conflicto de normas. Sin embargo, la realidad debería ser la contraria: no es razonable que haya una confrontación entre normas privadas supranacionales y normas internas, sino que ambas deberían concebirse como espacios complementarios. En este caso, los intereses que afectan al sistema financiero global, o si se prefiere, los aspectos globales de los sistemas financieros particulares, deberían someterse a una regulación común y conjunta de todos los operadores. Para esta función es idóneo el Comité de Basilea.

Por su parte, las normas internas o estatales deben existir siempre, pero para abordar problemas internos. Normativamente, la norma emanada del Comité de Basilea debe ser adoptada por el Estado en su ordenamiento interno para poder ser aplicada en su territorio. Ahora bien, existe una vía que ya conocemos, inexplorada en la práctica, pero abierta, para reconocer la aplicabilidad directa de Basilea III (o sus precedentes en su caso). Ésta es la asunción de la propia norma por parte de un sujeto obligado. En este caso, hay que tener en

³²¹ BARR y MILLER (2006:22). Así, El formato de los encuentros, de grupos pequeños de grandes expertos y responsables de la política financiera y bancaria de sus propios Estados, celebrados reiteradamente y a lo largo de los años que cada uno pasa en su puesto, permite que los miembros puedan tomar contacto entre sí. El clima parece ser de confianza en líneas generales, y el intercambio de información parece fundamental para afrontar las crisis financieras, desgraciadamente habituales en los últimos años.

cuenta que las reglas del Comité de Basilea se dirigen a los supervisores, no directamente a los Bancos. Esto no obsta a que un sujeto obligado pueda haber hecho suyos los principios del Acuerdo, de manera que le sean directamente aplicables, mediante la teoría del reconocimiento que ya conocemos.

Además, el propio Comité de Basilea puede servir para potenciar la participación y la transparencia en la supervisión bancaria estatal, más que para cercenarlas. Más arriba decíamos que en el Comité de Basilea sí que participan los agentes privados a los que van a ser aplicadas sus normas. Efectivamente, esto es así. Por ejemplo, en el proceso de elaboración de Basilea II se presentaron varios trabajos preparatorios, que fueron sometidos a comentarios por parte del propio Comité. A esta llamada acudieron principalmente entidades financieras y representantes de grupos industriales, pero la consulta estuvo abierta a toda clase de partes interesadas. Por esta vía, la elaboración normativa del Comité de Basilea se acerca e incluso supera muchos de los niveles de protección estatal, al contrario de lo que se predica del Comité³²².

Lo que es más, los países en desarrollo, aunque no integrados *a priori* en el Comité de Basilea, aplican las normas de Basilea, y no sólo eso, sino que participaron igualmente en los procesos de elaboración de las normas de Basilea, especialmente mediante el *Core Principles Liaison Group* y también gracias a su condición de miembros del Banco Internacional de Pagos. En gran medida, el aumento de los miembros de esta organización internacional se ha hecho buscando precisamente incluir a los países en estado de desarrollo, sobre todo económico, dándoles así una vía para participar en un Comité que en principio no les integra. Participaron en este panel además El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Como puede verse, el Comité de Basilea no limita la participación a las autoridades supervisoras de los Estados del G-10, ni mucho menos³²³.

³²² Sobre esto vid. BARR y MILLER (2006:24 y ss.). El propio Comité, mediante diversos instrumentos, incluidos los propios Acuerdos, potencia la transparencia y la participación en los sistemas estatales de supervisión bancaria de los propios operadores e incluso de los propios ciudadanos. Por un lado, en el Comité confluyen diversas culturas económicas y jurídicas, lo que facilita el intercambio de útiles ideas jurídicas que favorecen mutuamente a los Estados participantes. Por otro, y lo que es más importante, no todos los Estados en los que se aplican las normas del Comité pueden calificarse como Estados de Derecho, ni siquiera en el G-10. Los procesos de transparencia en la elaboración de las normas, e incluso los que las propias normas del Comité puedan exigir, sí que favorece a implantar mecanismos propios de la democracia en Estados que son ajenos a ella.

³²³ Vid. sobre todo BARR y MILLER (2006:39 y ss.).

Toda la argumentación anterior aspira justificar el carácter normativo de los Acuerdos de Basilea. Por tanto, en lo que respecta a la naturaleza jurídica de las normas del Comité de Basilea, podemos concluir que se trata de normas privadas supranacionales, en la medida en que su autor es un ciudadano corporativo *de facto*, el Comité de Basilea. La eficacia de estas normas es indirecta *a priori*, porque se dirigen a los organismos estatales supervisores de la actividad bancaria. Sin embargo, es posible la eficacia directa, siempre que se pueda afirmar la recepción de la norma por parte de un sujeto obligado determinado. En este caso, habrá que elaborar un análisis normativo punto por punto para saber qué elementos normativos pueden tener aplicación directa dentro del conjunto de normas privadas supranacionales que contemplan los Acuerdos, mientras que otros tal vez sólo puedan aplicarse mediante su adopción en un ordenamiento estatal. Pues bien, vamos a aplicar a continuación toda esta teoría normativa al Acuerdo de Basilea III.

9. Ejemplo de conjunto de ciudadano corporativo (2): Las instituciones arbitrales

El arbitraje internacional de inversiones es uno de los grandes hitos del Derecho moderno, y podemos decir, sin duda, también del Derecho Global. Amplia es la bibliografía que ha estudiado el fenómeno, y no pocos estudios han intentado esclarecer su naturaleza y su relación con el Derecho Administrativo Global³²⁴.

El arbitraje internacional de inversiones no es en sí mismo -como no lo es ninguna institución jurídica- un objeto histórico de nacimiento espontáneo, sino una alternativa a un problema jurídico, político y económico, pero no de una sociedad en concreto, sino supranacional. Dicho problema es, ni más ni menos, la defensa de los intereses de los inversores particulares extranjeros (personas físicas o jurídicas, y con diferente nivel de poder económico) en los Estados destinatarios de las inversiones. Esto nos lleva ya, por sí sólo, a todas las derivadas que, tanto a nivel teórico como histórico, el problema ha suscitado. Hay obviamente un

³²⁴ Sólo a título de ejemplo, mencionamos aquí los que vamos a emplear en el análisis del fenómeno. En general, como estudio sobre el Arbitraje Internacional, es inevitable citar la obra de REDFERN, A. y HUNTER, M. et al. (2015): *International Arbitration* (6º ed.), Oxford: OUP. Como bibliografía de estudio sobre las relaciones del Arbitraje Internacional de Inversiones y el Derecho Administrativo Global, aquí proponemos examinar las siguientes: BREWER-CARÍAS, A. R. (2016): «El consentimiento del Estado al arbitraje internacional en la Ley de Promoción y Protección de inversiones de 1999 y sus vicisitudes», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ G., J. I., *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Madrid: INAP; CHILDRESS, D. E. (2013): «Does international investment law need administrative law? Responding to Jason Yackee», *Harvard International Law Journal Online*, n. 54, pp. 115-123; KINGSBURY, B. y SCHILL, S. (2009), sólo por poner algunos ejemplos.

problema de poder, el de un poder desigual que hay que equilibrar, sin que ningún sistema deba favorecer especialmente a ninguna de las partes, lo cual es de por sí difícilmente alcanzable. En la relación Estado-inversor vamos a ver cómo las relaciones de poder cambian constantemente, y cómo el arbitraje ofrece una (teórica) solución³²⁵.

Comencemos entonces con los rasgos del Derecho Administrativo Global que, en nuestra opinión, son predicables de todos los arbitrajes internacionales. El más obvio de ellos es, probablemente, el de los sujetos. Como es bien sabido, el arbitraje internacional se divide en dos modelos: el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional. En el primero de ellos las partes gestionan la organización de su propio arbitraje, recurriendo a la aplicación de ciertas reglas internacionales, por ejemplo, por citar la más famosa de ellas, UNCITRAL, que enseguida vamos a caracterizar como una norma privada supranacional.

En el segundo, el arbitraje institucional, es una organización la que se encarga de proporcionar no sólo los árbitros, sino también todo el soporte normativo (cuentan con sus propios reglamentos internos, que son obviamente normas privadas supranacionales) y de gestión (las Secretarías, de las que hablábamos más arriba). Estas organizaciones son sobradamente conocidas: la *International Commercial Chamber* (ICC) fundada en París en 1923, la *American Arbitration Association* (AAA), la *London Court of International Arbitration* (LCIA), y desde luego el propio *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID, CIADI por sus siglas en español), además de múltiples cámaras de comercio a nivel mundial. Cualquiera de estos ejemplos serviría para fundamentar nuestra teoría: las organizaciones de arbitraje institucional son ciudadanos corporativos³²⁶. Con el concepto de ciudadano corporativo que hemos formado, ciertamente no es difícil incluir a estas instituciones. En primer lugar porque, deliberadamente, hemos dejado el concepto muy abierto. No podemos saber *a priori* cómo es un sujeto que emite autónomamente normas internacionales.

Por el momento, se puede decir poco más de estos ciudadanos corporativos, aunque es cierto que creemos que el arbitraje es un gran campo de pruebas. Decimos en el sentido de que, en el futuro, una vez que se haya asumido la realidad del ciudadano corporativo y sus normas, pueda ser común la extensión de funciones administrativas de policía y regulatorias a estos

³²⁵ Para una introducción histórica completa, vid. REDFERN (2015:441 y ss.) y también HERNÁNDEZ G. (2016:197 y ss.).

³²⁶ Sobre esto vid. sobre todo REDFERN, A. y HUNTER, M. et al. (2015): *International Arbitration* (6º ed.), Oxford: OUP, p. 229 y ss.

sujetos. Por ejemplo, no debería sorprendernos ver en el futuro inspecciones o sanciones a estos sujetos³²⁷. Para realizar esta tarea, complicada desde luego, sólo vemos tres opciones.

La primera sería que estas facultades fueran ejercidas por los propios Estados en los que van a acabar siendo aplicadas las normas. La ventaja de este planteamiento es obvia: estos Estados ya tienen esa potestad, porque precisamente el poder público es la fuente de las potestades, singularmente de las de policía, que a diferencia de las normativas no pueden ejercerse *de facto* por sujetos privados, o no sin violentar los derechos fundamentales al menos... La desventaja de esta opción, sin embargo, también es comprensible. Hemos dicho ya, con el ejemplo de los Arbitrajes Internacionales de inversiones, y el CIADI en particular, que no es un gran avance en el Derecho Global recuperar poderes del Estado. Es más, sabiendo que el poder del Estado-Nación en los siglos XIX y XX es difícil verlo renacer, no resulta razonable intentar imponer las potestades estatales sobre el Derecho Global, sino al contrario, compatibilizar ambos y resolver razonablemente los conflictos que entre los dos surjan. Todo esto teniendo en cuenta también que un control estatal de los ciudadanos corporativos no puede llevar más que a un caos en el control mismo, al estar descentralizado, y a constantes conflictos diplomáticos según los intereses en juego en el ciudadano corporativo y sus normas. Reforzar el poder de los Estados en particular, ya lo hemos dicho, en el siglo XXI creemos que sólo llevará a aislarlos.

Una segunda opción, tal vez más razonable, pasaría por regular los ciudadanos corporativos mediante tratados internacionales *ad casum*. Desde luego, regular los ciudadanos corporativos con un Tratado multilateral general abierto a todos los Estados de la Sociedad Internacional, incluso aunque fuera auspiciado por Naciones Unidas, no nos parece viable: ya hemos dicho que el ciudadano corporativo muta de forma más que ningún otro concepto jurídico que nosotros conozcamos, y someterlo a una regulación general y *a priori* sin tener en cuenta sus características singulares no nos parece factible.

Esto que decimos se asemeja algo a lo que antes explicábamos que argumenta YACKEE³²⁸, aunque ciertamente su propuesta era más intervencionista. Sería preferible que el Estado quedara al margen de intervenir en procedimientos concretos emitiendo opiniones o forzándolas con alguna clase de Comité superior, y sí que sometiera a control a la institución

³²⁷ Solución esta que podría paliar algunas de las críticas a la falta de legitimidad democrática de estas instituciones, aunque nunca completamente. Vid. YACKEE (2012:409).y STEINBACH, A. (2016:19).

³²⁸ YACKEE (2012:415).

en su conjunto, sobre todo para garantizar el cumplimiento con las normas que ésta se ha dado a sí misma, con lo que digan los tratados aplicables o con el Derecho Público Global.

Por último, existe una tercera opción para controlar al ciudadano corporativo, o al menos existe en teoría. No podemos ocultar nuestra predilección por esta opción, aunque al mismo tiempo advertimos de su difícil realización. Se trataría del control por el propio Derecho Global. Lo que nos asalta ahora es comprensible: si el Derecho Global se compone de normas privadas supranacionales creadas por ciudadanos corporativos, necesariamente, quien controle al ciudadano corporativo será, poco sorpresivamente, otro ciudadano corporativo. Aquí el Juez nacional aparecería como *garante final* de la eficacia de las normas privadas supranacionales mediante el control de los laudos arbitrales³²⁹.

IV. El objeto (1). El concepto de Derecho Global

1. Breve aclaración terminológica

Aunque ya hemos hecho una referencia breve a esta cuestión, una vez que hemos desarrollado ya parte de la teoría puede ahora corroborarse aquella reflexión. En principio, Derecho Global designa el conjunto de normas jurídicas que (sin formar un ordenamiento ellas mismas) existen al margen del ordenamiento jurídico estatal, son propiamente supranacionales. Constitucionalismo Global hace referencia a una corriente doctrinal que aspira a categorizar unos principios constitucionales globales, o incluso -en su matriz más positivista, que nosotros rechazamos- a construir un texto de Constitución Global³³⁰. Por último, Derecho Administrativo Global, que es la línea de investigación de mayor éxito en la doctrina, se refiere al ámbito del Derecho Global que impacta sobre ámbitos que materialmente son por lo general de Derecho Administrativo en el Derecho estatal (asumiendo que tampoco existe un concepto unitario de Derecho Administrativo en el Derecho comparado) tanto por las funciones que ejercen los sujetos privados (normativas, de control, etc.) como por el ámbito normativo sustantivo que acaparan sus normas, por lo

³²⁹ Algunas de estas posibilidades las hemos teorizado en nuestros trabajos al respecto, vid. IGLESIAS SEVILLANO, H. (2018b): «Los posibles efectos de un laudo arbitral sobre una jurisprudencia consolidada: una cuestión abierta. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 2797/2017, Sala 3ª, Sección 3ª, de 21 de junio de 2017», *Revista de Administración Pública*, n. 205, pp. 173-193 e IGLESIAS SEVILLANO, H. (2018c): «El arbitraje internacional como camino hacia una justicia jurídico-pública global», *Revista de Administración Pública*, n. 206, pp. 291-318.

³³⁰ Esta línea positivista del Constitucionalismo Global se ha movido hacia una nueva posición: el énfasis en las garantías, que es la idea que resume mejor la propuesta de FERRAJOLI (1996, 2018).

general técnico y asimilable a los espacios que suelen ocupar las normas reglamentarias en el Derecho interno. Derecho Público Global comprende a ambos, Constitucionalismo Global y Derecho Administrativo Global, o por expresarlo en términos alexianos, el ámbito de los principios y el ámbito de las reglas. Este último es el concepto que mejor representa el objeto de estudio que abordamos en el presente trabajo, pero tiene el inconveniente de que tampoco es exacto, porque el Derecho Global no es propiamente público ni privado, sino híbrido. Ocasionalmente, hablaremos de Derecho Privado Global si el énfasis está en normas de claro contenido sustantivo de Derecho privado desde la perspectiva del Derecho continental³³¹, aunque hay que recordar siempre que los principios «constitucionales» son los mismos para todo el sistema (en construcción) de Derecho Global.

Igualmente, los términos supranacional o supraestatal también los empleamos como sinónimos, en la medida en que las consideraciones de Ciencia Política sobre el concepto de Nación no son de nuestro interés en este trabajo, ni son jurídicamente relevantes a los efectos del estudio de la supranacionalidad del Derecho. Supranacional o supraestatal significa, en definitiva, que el Estado ya no es la cúspide del ordenamiento jurídico, en el que el Derecho Internacional Público sería un Derecho puramente interestatal, jerárquicamente no superior al Derecho interno, y en cierto momento histórico Derecho interno él mismo, por adoptar la concepción más radicalmente estatal del Derecho Internacional, que es la hegeliana. La proliferación de niveles jurídicos, no solamente por «abajo», sino también por «arriba» del Estado complica el sistema de fuentes, no sólo en un sentido formal de resolución de los conflictos normativos, sino también en un sentido material, mermando el poder del Estado mismo.

2. El concepto de Derecho Global: los cuatro rasgos esenciales

Es necesario avanzar hacia el conocimiento de un nivel jurídico supraestatal aún más difuso: el Derecho Global³³². Formar este concepto es -junto con el de ciudadano corporativo- el paso previo al objetivo final del trabajo, que es dilucidar la naturaleza, legitimidad y efectos de sus normas y la resolución de los conflictos que surjan con las normas internas. En nuestra

³³¹ Sobre esto vid. por ejemplo CAFAGGI, F. (coord.) (2006): *Reframing self-regulation in European Private Law*, La Haya: Kluwer Law International; HERDEGEN, M. (2014).

³³² Sólo a título ejemplificativo, basta para comprobar esta característica acudir a la obra fundamental de la especialidad, que ya hemos mencionado: KINGSBURY, KRISCH, y STEWART, R. B. (2005).

opinión, el Derecho Global es un nivel jurídico que tiene cuatro caracteres esenciales: supraestatalidad, tónica, hibridación y eficacia recepticia. Vamos a explicarlos.

2.1. Supraestatalidad

La supraestatalidad, que es elemento esencial y presupuesto del Derecho Global al mismo tiempo, significa la existencia de este nivel jurídico en un plano superior al ordenamiento jurídico del Estado. Aquí, sin embargo, no hablamos de un principio de jerarquía, que no está en juego en las relaciones intersistémicas -veremos esto más abajo-. Esta «superioridad» implica sólo una existencia global, a un nivel ajeno al poder territorial del Estado-Nación. La supraestatalidad es la característica común de las ramas del Derecho que, en nuestra opinión, deben clasificarse dentro de la familia del Derecho supranacional: el Derecho Europeo, el Derecho Transnacional, el Derecho Administrativo Internacional y el Derecho Global (incluyendo sus ramas menores, es decir, el constitucionalismo global, el Derecho Administrativo Global, principalmente).

Sin embargo, el Derecho Internacional Público no debe incluirse dentro de esta categoría o «familia» jurídica, pues existe precisamente como orden jurídico de una Sociedad entre los Estados, más allá de toda discusión sobre si su naturaleza es realmente la de un Derecho estatal externalizado (como dicta la mencionada doctrina hegeliana) o es un Derecho externo, como la doctrina internacionalista asume ya mayoritariamente desde el siglo XX. El protagonismo que el Estado mantiene en el Derecho Internacional Público lo separa de la familia supraestatal, porque se trata de hecho de un orden interestatal, lo cual es muy distinto. El Derecho Internacional Privado, por su parte, tiene una naturaleza bastante más discutible, pero por lo general no deja de ser un Derecho estatal de resolución de conflictos jurisdiccionales y normativos con el Derecho extranjero, si bien la fuerte irrupción del Derecho Europeo y su amplitud metodológica, que incluye diversas cuestiones sobre, por ejemplo, arbitraje y regulaciones supranacionales, permiten advertir en él una dimensión supraestatal. De hecho, el Derecho Internacional Privado es sin duda la rama del Derecho mejor situada para abordar el estudio de lo que podría llamarse el Derecho Privado Global (cosa impensable en el Derecho Público Global desde el Derecho Internacional Público, debido a su naturaleza estatal). Ahora bien, también hay que tener en cuenta que, como se verá, el Derecho Global es en realidad un fenómeno híbrido, que debe ser abordado como conjunto sin distinguir una rama jurídico-privada y otra jurídico-pública.

Téngase en cuenta, sin embargo, que esta clara delimitación terminológica es nuestra, pero en la doctrina lo más común es que la *supraestatalidad* o *supranacionalidad* no se defina o se emplee como término muy genérico, capaz de incluir incluso lo meramente extraterritorial³³³. En contra de este planteamiento nuestro se posiciona por ejemplo el profesor AMAN³³⁴. En concreto, el autor maneja los conceptos de forma diferente. De esta manera, la clave de bóveda del Derecho contemporáneo sería el Derecho Transnacional, que siguiendo una caracterización de JESSUP incluiría *«toda normativa que regula las acciones o situaciones que trascienden las fronteras nacionales. Tanto el Derecho internacional público como privado quedan incluidos ya que existen normas que no encajan adecuadamente en estas dos categorías»*³³⁵. Pero habría más: Derecho Transnacional incluiría toda clase de relaciones jurídicas públicas y privadas (punto este que, creemos, es correcto) tanto de Derecho Internacional como de Derecho Estatal, y que vienen marcadas por un cierto grado de «desnacionalización» (sic) que se traduciría a su vez precisamente en esa entrega de parte del poder del Estado a agentes privados -pero que pueden ser también organizaciones internacionales como la OMC, que el autor identifica claramente con una «cesión de soberanía»³³⁶. Derecho Transnacional sería por tanto una nueva rama jurídica que regularía *«los procesos plurales, multicéntricos y dinámicos que implican interrelaciones entre los Estados y las entidades no estatales, dentro y fuera de sus fronteras»*³³⁷.

2.1.1. Ejemplo. Jurisprudencia Europea sobre la OMC

Un ejemplo de lo que trata de subsumirse bajo esta categoría serían, por ejemplo, las Sentencias del TJUE que reconocen la aplicación de las normas de la OMC como mecanismo de control de la legalidad del Derecho Europeo, en determinados supuestos³³⁸. Se ha dicho, resumidamente, que *«de acuerdo con la jurisprudencia, solo en dos supuestos puede controlarse*

³³³ Vid. por ejemplo ESTY, D. C. (2006): «Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law», *The Yale Law Journal* 115, pp. 1490-1560; AVI-JONAH, R. (2003); VON BOGDANDY, A. y DANN, P. (2008): «International Composite Administration: Conceptualizing Multi-Level and Network Aspects in the Exercise of International Public Authority», *German Law Journal*, v. 9, n. 11, pp. 2013-2039.

³³⁴ AMAN, A.C. (2017): «Globalización, Derecho transnacional y desnacionalización», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.) (2017): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, v. 1, t. 1, pp. 79-94.

³³⁵ JESSUP, P. (1956): *Transnational Law*, New Haven: Yale University Press, pp. 1-8 y AMAN, 2017:89.

³³⁶ AMAN, 2017:91.

³³⁷ Id. 89.

³³⁸ Vid. Sentencias de 16 de julio de 2015, Comisión/Rusal Armenal (C-21/14) FFJJ 40 y 41, y de 4 de febrero de 2016, C & J Clark International (C-659/13 y C-34/14), FJ 87.

*la legalidad de un acto de la Unión a la luz de los acuerdos de la OMC. Se trata, en primer lugar, del supuesto de que la Unión haya pretendido cumplir una obligación concreta asumida en el marco de esos acuerdos y, en segundo lugar, del supuesto de que el acto del Derecho de la Unión de que se trate se remita expresamente a disposiciones específicas de esos mismos acuerdos»*³³⁹. Aquí tenemos un ejemplo de función del Derecho Global, más que Transnacional, en el control del Derecho interno (o en este caso, Europeo) pues no se trata de la aplicación extraterritorial de un Derecho estatal y territorial sino de la eficacia de unas normas internacionales o supranacionales, características ambas que, para nosotros, son de Derecho Global.

Además, el autor niega expresamente que lo supranacional exista como tal en un plano «superior» o «al margen» del Estado, y rechaza el término «global» porque considera que debería emplearse exclusivamente para aquellos problemas jurídicos que tienen verdaderamente un alcance planetario. Este planteamiento aboca obviamente al Derecho Global al Derecho Internacional Público, pues son sólo los Estados los que ostentan control sobre el territorio que conforma el orbe global y los que regulan las zonas de Patrimonio Común de la Humanidad mediante tratado internacional³⁴⁰.

En el presente trabajo, como puede verse, discrepamos de este argumentario terminológico, pero también en las concepciones de fondo. En primer lugar, es innegable la existencia de un nivel jurídico supranacional al margen del Estado, como es igualmente innegable su constante interacción con el Derecho Internacional y el Estatal. Pero esto no es una rama jurídica propia, sino una relación intersistémica: la que veremos se produce entre el Derecho Global (tal y como nosotros lo identificamos) y el Derecho Estatal (o el Derecho Internacional Público, ejecutado por el Estado). Por otra parte, es evidente que el Derecho Global se debe identificar con toda esa realidad jurídica desterritorializada (término que en nuestra opinión es mucho más objetivo y descriptivo que «desnacionalizado») y no con problemas jurídicos estrictamente globales (como el propio autor apunta, no cabría calificar como tal ni siquiera a los derechos fundamentales, que no son reconocidos en todos los Estados del orbe). Por último, creemos que para el estudio también del Derecho Transnacional es preferible una formación conceptual más clara que la de las relaciones jurídicas de todo tipo que se

³³⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. E. Tanchev, presentadas el 3 de octubre de 2018, C-236/17, FJ. 129.

³⁴⁰ Argumento este idéntico al ya mencionado de DARNACULLETA (2016), según el cual el Derecho Global «no es global» por no ser el producto de la voluntad del conjunto de los Estados de la Sociedad Internacional.

producen más allá del Estado, y por eso nosotros lo identificamos con la eficacia extraterritorial del Derecho estatal.

Tampoco el Derecho Global puede ser una mera suma de relaciones jurídicas transnacionales o extraterritoriales en las que se combina Derecho estatal, Internacional y Supranacional (privado), sino que ostenta una naturaleza propia y distinta de estas relaciones jurídicas que, insistimos, no son *contenido* de esta nueva rama del Derecho sino mera manifestación de una relación intersistémica. Por otra parte, esta noción nuestra de supraestatalidad podría calificarse como luhmanniana, en el sentido de que Derecho estatal, Derecho Internacional Público y Derecho Global forman sistemas independientes con su propia idiosincrasia jurídica y política y sin relación jerárquica entre sí, en lo que supondría «el fin de la supremacía política»³⁴¹.

La supraestatalidad sólo significa que el Derecho existe más allá del propio Estado, de manera que es esta rama del Derecho la que más severamente está carcomiendo su poder. Sin embargo, aún dentro de este Derecho supraestatal, los tres primeros son de origen estatal, aunque posteriormente se independizan y cuestionan el poder de éste, mientras que solamente el último, el Derecho Global, surge con total independencia del poder jurídico del Estado, y por eso es también su opositor más firme. Así, el Derecho Europeo sería, por supuesto, el Derecho de la Unión Europea, que ya ha trascendido sus orígenes como organización internacional y ostenta, como decíamos antes, una naturaleza jurídica propia. Pero también debe incluirse dentro de este concepto, entendido en sentido amplio, el Derecho emanado de la Convención Europea de Derechos Humanos de Roma de 1950 y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Se trata en ambos casos del ejemplo «decano» de Derecho supraestatal, en el sentido de que ambas ramas del Derecho Europeo nacen del Internacional, y tanto sus organizaciones (la Unión Europea y el Consejo Europeo) como sus normas (los Tratados Fundacionales y la Convención de Roma de 1950) han sido constituidas por el poder del Estado. Sin embargo, la realidad de su desarrollo ha sido muy distinta de la que correspondería en el Derecho Internacional Público: ambas se han erigido en instituciones de naturaleza propia y capaces de ejercitar un poder autónomo, con una enorme actividad que a menudo «irrita» (incluso en el sentido vulgar del término) a los propios Estados fundadores.

³⁴¹ En este sentido, vid. LUHMANN, N. (1998): «Der Staat des politischen Systems», en BECK (ed.) *Perspektiven der Weltgesellschaft*, pp. 376 y ss. y VON BOGDANDY, A. (2011:263), quien cita además nada menos que a SCHMITT en el Prefacio a su *Concepto de lo Político* como precursor de la decadencia del Estado.

En nuestra opinión, este no es en absoluto un mal síntoma, sino un comienzo de un poder jurídico que está en pleno proceso de nacimiento, y que aún naciendo del Estado y teniendo paralelismos con éste, constituye un poder nuevo y distinto de los anteriores. Por otra parte, otras organizaciones internacionales capaces de «irritar» a sus propios Estados miembros, como la Organización de Estados Americanos o la Organización Mundial del Comercio, nunca han llevado su poder tan lejos como el Derecho Europeo.

2.1.2. Breve referencia a la transnacionalidad

El Derecho Transnacional del que hablábamos más arriba, estrictamente hablando, es Derecho (por lo general público) interno que tiene efectos extraterritoriales³⁴². Lógicamente, como veremos a lo largo del trabajo, si sus efectos son extraterritoriales, se producen en el territorio de otro Estado, porque precisamente el territorio es el gran monopolio estatal conservado en el Derecho contemporáneo. Pero entonces, cabría preguntarse si éste no es más que un Derecho público interno tradicional, que no tiene propiamente la característica de la supraterritorialidad, y que conserva (o incluso exagera) el poder del Estado, al extenderlo fuera de su territorio. Este planteamiento lo consideramos, sin embargo, erróneo. En primer lugar, existe supraterritorialidad desde el momento en que el Derecho público interno tiene unos efectos que quiebran el modelo de eficacia territorial del Derecho estatal. Otra cosa es que se trate de una supraestatalidad exclusivamente de los efectos del Derecho interno, y no de su creación y su aplicación dentro del territorio, que siguen siendo intraestatales. Pero es que el Derecho Transnacional estudia, en nuestra opinión, precisamente los efectos extraterritoriales de las normas de Derecho público interno y sus mecanismos de reconocimiento y control, y no las normas propiamente dichas. Por otra

³⁴² Vid. por ejemplo BOCANEGRA SIERRA, R. y GARCÍA LUENGO, J. (2008): «Los actos administrativos transnacionales», *Revista de Administración Pública*, n. 117, pp. 9-29; DE BÚRCA, G. (2008): «Developing Democracy beyond the State», *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, n. 2, pp. 221-278; FERRARESE, M. R. (2000): *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna: il Mulino; FISCHER-LESCANO, A. (2008): «Transnationales Verwaltungsrecht. Privatverwaltungsrecht, Verbandsklage und Kollisionsrecht nach der Aarhus Convention», *Juristenzeitung*, n. 63, pp. 373-382; LADEUR, K.H. (2011a): «The emergence of Global Administrative Law and transnational regulation», *IIIJ Working Paper* 2011/1 o RIBSTEIN, L.E. (2003): «International Implications of Sarbanes-Oxley: Raising the Rent on US Law», *Journal of Corporate Law Studies* v. 3, n. 2, pp. 299-327. En todos estos trabajos se aprecia, de nuevo, la confusión terminológica, porque algunos de ellos se refieren claramente al Derecho público transnacional (BOCANEGRA, RIBSTEIN) y en otros el objeto es mucho más ambiguo, entrando en materias que a veces son para nosotros puro Derecho internacional (la Convención Aarhus, *vid. supra*. FISCHER-LESCANO) pero en el que surgen relaciones de cooperación entre Administraciones nacionales o problemas en la ejecución del Tratado, en cuyo caso estaríamos ante lo que para nosotros es Derecho Administrativo Internacional, y en otros casos se refieren al propio Derecho Global como una mixtura entre lo transnacional y lo supranacional (FERRARESE, LADEUR). Es importante, por tanto, que quede claro que lo Global, para nosotros, se corresponde con el fenómeno de lo supranacional, y no con el de lo transnacional.

parte, es cierto que se refuerza el poder del Estado cuyas normas tienen efectos extraterritoriales, pero igualmente se merma el del Estado que las soporta, cosa inimaginable en el Derecho del siglo XX, fundado en el concepto de soberanía. De ahí que todo Derecho estatal, potencialmente, puede ser invadido por los efectos extraterritoriales de un Derecho público externo.

Por otro lado, el Derecho Administrativo Internacional tendría por objeto de estudio los efectos de un Derecho de las Administraciones Públicas en sus relaciones entre sí, más allá del ejercicio estatal de la soberanía en las relaciones internacionales. La doctrina alemana ha manejado este término como alternativa tanto al Derecho Transnacional (que incluiría) como al Derecho Global. Sin embargo, la distinción metodológica es necesaria, porque no responden a la misma realidad. Por el contrario, existen demasiados supuestos de relaciones suprastatales de las Administraciones Públicas que no son propiamente Derecho Global, aunque a veces se categoricen como tal. El elemento crucial para distinguir, en este caso, el Derecho Administrativo Internacional del Global, es la hibridación. El Derecho Administrativo Internacional se enmarca más bien en el espacio de las relaciones de

cooperación³⁴³. Un ejemplo recurrente son los convenios entre Administraciones Públicas de distintos Estados, generalmente regionales o locales³⁴⁴.

El Derecho Global, por último, es el ejemplo más extraordinario del fenómeno de la supraestatalidad. Su surgimiento se vincula necesariamente a la manifestación normativa del poder privado en un ámbito supranacional, en el sentido de ser completamente independiente del poder del Estado. La supraestatalidad, en el Derecho Global, significa siempre independencia respecto del Derecho estatal o de cualquier otro. Pero la falta de un poder centralizado y de un territorio de implantación del Derecho Global deriva también en la ineficacia territorial de sus normas *a priori*, y de ahí que, como veremos, deba completar su eficacia mediante un proceso de «incardinación» en el sistema de Derecho estatal. Pero de momento continuemos con esta explicación.

³⁴³ ABBOTT, K.W. y SNIDAL, D. (2000): «Hard and Soft Law in international Governance», *International Organization*, v. 54, n. 3, pp. 421-456; BADURA, P. (1966): «Bewahrung und Veränderung demokratischer Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften», *VVDStRL*, n. 23, pp. 34-104; BATTINI, S. (2003): *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffrè; BIAGGINI, G. (2008): «Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft», *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, n. 67, pp. 414-440. Este autor, por ejemplo, expone el problema en toda su claridad, cuando subraya la ausencia de una instancia suprema supranacional de resolución de conflictos, y al tiempo sitúa como el mayor reto de la internacionalización de las relaciones administrativas el respeto a los fundamentos democráticos del Estado de Derecho: «*Da im internationalen Kontext ein fester allgemeiner Ordnungsrahmen und (gewöhnlich) eine „krönende“ Justizinstanz fehlt, ist die Praxis in besonderem Masse auf Unterstützung durch die Rechtswissenschaft angewiesen. Die vornehmste Aufgabe unserer Wissenschaft ist es, darauf hinzuwirken, dass rechtsstaatlich-demokratische Grundanliegen respektiert werden. Dies gilt selbstverständlich auch für die hier interessierende internationale Dimension des Verwaltens*» (2008:437). Esto implica, como describe el autor, que el jurista no debe limitarse en su trato con el Derecho Administrativo Internacional o Global a responder sólo las preguntas sobre la legitimidad/legitimación y la protección jurídica, sino que debe adentrarse también en la propuesta de soluciones y la búsqueda de posibilidades de respuesta a ese «déficit» en la estructura, organización y ejecutabilidad del Derecho Internacional. Nosotros, en cierto modo, estamos siguiendo este mismo impulso, pero sin embargo nos alejamos del modelo de la búsqueda de una estructura internacional o global y preferimos dar una respuesta estatal al fenómeno, mediante las estructuras ya vigentes en el Estado de Derecho.

³⁴⁴ Por ejemplo, un acuerdo entre un Ayuntamiento español y su equivalente alemán para la acogida de refugiados, ¿es Derecho Administrativo Internacional o Derecho Administrativo Global? A nosotros no nos cabe duda alguna de que la respuesta es la primera. Semejante acuerdo sería supraestatal, es verdad, pero genuinamente jurídico-público. Al fin y al cabo, el tipo de relación que se establece es el propio del nivel internacional, pero a un nivel inferior de poder administrativo, donde en teoría, al menos en la concepción clásica, estas entidades administrativas no tienen *a priori* ningún poder de representación internacional, que luego acaban ejercitando. Además, el hecho de que el acuerdo se califique -como suele ser habitual- de «pacto entre caballeros» o Derecho blando no introduce ningún elemento jurídico privado que permita observar la hibridación, porque el Derecho blando no es jurídico-privado en sí mismo, sino que es un instrumento jurídico al alcance también del Derecho público. Planteese la cuestión de una forma más prosaica: si hubiera un conflicto en la ejecución del acuerdo, ¿quién intervendría? No intervendría desde luego ningún tribunal arbitral o método privado de resolución de conflictos, sino los propios Ministerios de Asuntos exteriores, dada la entidad del problema sobre el que versa el acuerdo. Es cierto que otros acuerdos abordan materias políticamente menos graves, pero en cualquier caso, hemos utilizado este ejemplo para demostrar que en estos acuerdos entre Administraciones lo que hay es una relación jurídico-pública internacional, un fenómeno nuevo, sí, pero no de Derecho Global, sino de Derecho Administrativo Internacional, que se encargaría de estudiar estas relaciones a un nivel inferior al ejercicio internacional de la soberanía del Estado, la cual le corresponde al Derecho Internacional Público.

2.2. Tópica

En nuestra propuesta, la segunda característica del Derecho Global es la tópica³⁴⁵. Puede resultar sorprendente y equívoco afirmar que el Derecho Global es tópico, especialmente cuando precisamente hemos afirmado que nuestro objetivo es contribuir a una construcción sistemática. Sin embargo, cuando afirmamos que el Derecho Global es tópico -exactamente igual que cuando afirmamos que es un fenómeno pluralista- nos referimos a la situación fáctica que se verifica en el orden global, y no al objetivo dogmático que nos planteamos en el trabajo, que es precisamente su categorización y la aportación de instrumentos para su reconducción al sistema del Estado constitucional de Derecho.

Ahora bien, si afirmamos categóricamente que el Derecho Global, en un sentido descriptivo, es tópico, en realidad este término designa dos fenómenos diferentes. En el primero de sus sentidos lo que queremos decir es que está diseñado -sin duda en su vertiente administrativa; en su vertiente constitucional, principal, tendremos nuestro asidero para la construcción de sistema- para resolver problemas o aporías concretas, debido a su fuerte carácter sectorial. En el segundo sentido -el más cercano al significado técnico de tópico en la metodología jurídica alemana- queremos decir que las normas privadas supranacionales tendrán siempre que ser aplicadas y sometidas a control caso por caso, sin que existan mecanismos abstractos de control. Por ejemplo, no existirá una cuestión de constitucionalidad que permita anular una norma privada supranacional, sino meramente un juicio de constitucionalidad sobre la aplicación de una norma en un caso concreto, juicio de valor que llevará a cabo un órgano jurisdiccional nacional siempre *ad casum* y que resultará en la aplicación o exclusión de la norma, según los casos. En este caso, su mecanismo de universalización será la jurisprudencia que pueda constituir la propia resolución en la que se incorpora el juicio de compatibilidad con la Constitución, y la sistematización dogmática que la comunidad académica lleve a cabo a partir de ésta. Explicaremos el sentido de este segundo elemento del Derecho Global en

³⁴⁵ Emplazamos al lector a un momento previo de la presente obra al debate sobre si el adjetivo adecuado para las normas supranacionales sería *tópicas* o *aporísticas*. Sobre esto, vid. GARCÍA AMADO, J.A. (1987:162-164).

profundidad posteriormente, cuando abordemos el carácter tópico de las normas privadas supranacionales³⁴⁶.

2.3. Hibridación

El tercer elemento esencial del Derecho Global sería la hibridación³⁴⁷. En este concepto, sin embargo, conviene evitar los equívocos. Derecho público y Derecho privado son dos categorías siempre pendientes de una construcción definitiva, pero no por ello dejan de estar vigentes en el Derecho del Estado. A su vez, y con independencia de la concepción que se tenga de la distinción, hay que diferenciar dos aplicaciones de ésta. En el Derecho interno existe una vertiente de la distinción que consiste en la clasificación positiva de instituciones concretas, que es siempre polémica o cuestionable en las zonas grises pero que es tradicionalmente aceptada con naturalidad en determinados supuestos (por ejemplo, la compraventa en el Derecho privado o la potestad administrativa en el Derecho público). Esta vertiente no la encontraremos en sentido propio en el Derecho Global. Es decir, a nivel global, la distinción Derecho público-Derecho privado no existe positivamente. Pero en un segundo sentido, en el doctrinal, sí que puede encontrarse esta distinción, en forma de un «reflejo dogmático» del Derecho interno. Así, si clasificamos a la función normativa como

³⁴⁶ En este sentido, podría pretenderse que el Derecho Global consagre la propuesta de un constitucionalismo tópico, en el sentido de que el sistema constitucional sería entendido, no como un orden jurídico normativo (pues en el caso del Derecho Global, es obvio que no existe tal *norma normarum* sistematizante) sino como un análisis hermenéutico de la realidad constitucional que descubre un conjunto de participantes (instituciones estatales y no estatales, poderes *de facto*, grupos sociales y ciudadanos -también corporativos-) en el que la interpretación (y aplicación) del Derecho se convierte en un procedimiento democratizado y público, que permite la participación activa de todos estos sujetos, al tiempo que la Constitución se vuelve hacia la «*realidad constituida y lo público*», sustantivándose la mutación constitucional como permanente y erigiéndose el Tribunal Constitucional como árbitro que legitima jurídicamente tal mutación de forma constante dentro de una realidad pluralista (otorgándole a ésta mediante sus decisiones, por tanto, un definitivo carácter normativo y sistemático). Esta es la propuesta que -en el contexto de una Constitución estatal y normativa, la alemana de 1949- formuló HÄBERLE (vid. HÄBERLE, P. (1975): «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *Juristenzeitung*, pp. 297 y ss. y que constituyó, a nivel teórico, «una casi completa disolución de la Constitución como norma» (BÖCKENFÖRDE, E.W. (1993): *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Nomos, p. 24). Si bien este modelo resulta incluso hoy atrevido para los ordenamientos constitucionales internos, refleja con bastante fidelidad el sentido de la «tópica» del Derecho Global, pero no en un sentido normativo, sino estrictamente descriptivo; en un sentido normativo, esta realidad plural requiere igualmente un sometimiento al sistema, en este caso, mediante un control de constitucionalidad por parte del Juez nacional, pero efectivamente, al controlar éste las normas privadas globales, está normativizando las mutaciones sociales y económicas de ambos niveles, el global y el estatal, a través de su sometimiento a los patrones constitucionales preexistentes y democráticamente legitimados.

³⁴⁷ Sobre esto vid. CASINI, L. (2017): «The expansion of the material scope of Global Law», CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 25-45, muy especialmente página 31, donde subraya el elemento de hibridación en la medida en que puede hablarse propiamente de la existencia de un Derecho Global con elementos de Derecho público y privado, nacional y supranacional a la vez, incluso sin Estado. Vid. también ZUMBANSEN, P. (2013) y FINKE, J. (2014): «Concepts, hybridization, principles, and the rule of law: New literature on international monetary and financial law», *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 4, 1054-1070.

Derecho público en el Derecho interno, es lógico que esta categoría dogmática se extrapole al ámbito global (aunque obviamente no hay fundamento positivo para calificarla así). Y si calificamos a sujetos no estatales e independientes *a priori* del poder público, por lo general constituidos con formas de Derecho privado, como tal Derecho privado en las doctrinas internas, entonces podemos hablar de Derecho privado en el ámbito global. Profundizaremos en esta cuestión de inmediato.

Sin embargo, en el Derecho Global, el sujeto no se limita a padecer el poder público, sino que determinados sujetos privados lo ejercitan, incluso sin ninguna legitimidad *a priori*, sino en virtud de su poder *de facto*. Esta característica fundamental del Derecho Global lo distingue, en nuestra opinión, del resto de ramas del Derecho supraestatal. Derecho público y Derecho privado se confunden porque, recordemos, no tienen realidad positiva en el nivel global (en cuyo caso la fusión no sería posible, salvo que fuera construida positivamente así) sino que se confunden las categorías dogmáticas que se ven reflejadas en lo global. Esta mezcla es en nuestra opinión característica inequívoca del Derecho Global, que no se encuentra en otras ramas del Derecho supranacional³⁴⁸.

Por todo ello, la respuesta a la discusión sobre el carácter de Derecho público o privado de las normas privadas supranacionales sólo puede ser una: el Derecho Global se caracteriza por la hibridación, es decir, por ser un Derecho donde entran en juego tanto el Derecho público como el privado en el sentido en el que los hemos conocido hasta ahora, y no se puede establecer una categorización, como se ha hecho en el Derecho interno. La hibridación es carácter esencial del Derecho Global, también del Administrativo, donde se habla ya con toda decisión incluso del Derecho Administrativo Global como un Derecho mixto, tal y como hace CASSESE³⁴⁹. Por esto mismo sostenemos que la hibridación es a la vez proceso y resultado: un sujeto, un ente supranacional de naturaleza privada, o incluso constituido por sujetos jurídico públicos, pero informalmente (Comités de Basilea, IOSCO, IAIS) ejerce *de facto* una función normativa, y por tanto, una función de relevancia jurídico-pública. A su vez, estas normas privadas tienen carácter regulatorio y cubren un espacio material que

³⁴⁸ Nuestro concepto de hibridación, por tanto, es distinto del que manejan otros autores. En particular, del que propone GOODE, R. (2005): «Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law», *International adn Commercial Law Quarterly*, v. 53, n. 3, pp. 539-562, pp. 548 y ss., para quien «Hybridization means that the legal character of the respective rule is neither european nor national; it bears elements of both legal orders». Nada que ver, por tanto, entre ambos criterios de distinción, aquel entre Derecho Europeo y Derecho de los Estados miembros y el nuestro entre Derecho público y Derecho privado. Vid. también HEIDEMANN (2019:116).

³⁴⁹ Vid. CASSESE (2015:3).

correspondería *a priori* al Derecho público, llegando incluso a entrar en conflicto con él. Hibridación significa, por tanto, convergencia de las tradicionales categorías dogmáticas de público y privado en los mismos supuestos de hecho verificables en el Derecho Global.

2.4. Eficacia recepticia

Por último, fundamental es la eficacia recepticia de las normas del Derecho Global, que es la piedra de toque de todos sus problemas de normatividad³⁵⁰. He aquí el problema central del presente trabajo. Porque nuestro estudio aspira a elaborar una teoría de las normas supranacionales en el Derecho público, una teoría que se fundamentará en intentar reconducir esta realidad pluralista a los esquemas del monismo, es decir, de la tópica de las soluciones normativas privadas internacionales, que responden a intereses privados y raramente a los públicos, al sistema racional y capaz de garantizar los principios fundamentales del ordenamiento.

Ahora bien, de las posibles opciones dogmáticas sobre la eficacia del Derecho, no hemos identificado ninguna más segura que la recepción individual de las normas. La eficacia automática de las normas privadas supranacionales no es admisible en absoluto, porque como ya sabemos, estas normas no responden ni a un fundamento democrático, ni de respeto a los derechos humanos, ni mucho menos los sujetos privados que dictan las normas privadas supranacionales pueden tener el poder de asegurar su eficacia automática, ni personal ni territorial. La naturaleza privada de las normas privadas supranacionales exige que el sujeto privado al que se le van a aplicar tenga la opción de recibirlas o no. Más aún, muchas de estas normas tienen un sentido económico, y aparecen en entornos competitivos, donde diferentes sujetos privados emiten normas diversas, que «compiten» entre sí en el mercado. Comprensiblemente, no pueden ser eficaces ambas normas a la vez. Aquí, al contrario de lo que, lógicamente también, rige en el Derecho del Estado, la eficacia de las normas debe ser recepticia, es decir, que debe contar con el consentimiento específico del sujeto al que van a ser aplicadas. Esta es otra característica específica del Derecho Global, que no se verifica en las normas suprastatales europeas, transnacionales o inter-administrativas, precisamente porque éstas son normas siempre de Derecho público, que tienen la eficacia directa de la que

³⁵⁰ En general, vid. LEGAZ (1958 y 1961:404) y VON BIERLING, E. R. (1894): *Juristische Prinzipienlehre*, Friburgo y Leipzig: Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. Mohr, t. I, aunque hay que tener en cuenta que nosotros sacamos la teoría del contexto del Derecho del Estado, donde es aceptado desde SUÁREZ que no es admisible (vid. SUÁREZ (I, XI, 5 y III, XIX, 3, 6, 9).

las normas privadas supranacionales carecen. Examinaremos con detenimiento esta característica del Derecho Global inmediatamente.

Con estas cuatro características, tenemos un concepto de Derecho Global.

V. El objeto (2). Las normas privadas supranacionales

1. Derecho público frente a Derecho privado: una necesaria discusión previa

Como es bien sabido, la distinción entre Derecho público y Derecho privado tiene una importancia fundamental en el tratamiento metodológico de cualquier fenómeno del Derecho contemporáneo³⁵¹. Pero la perspectiva no puede ser ya la caracterización de las normas dentro de uno u otro sector del ordenamiento, aunque tampoco necesariamente la abolición misma de la distinción, tal vez sí en su sentido más formalista. El Derecho Global requiere sus propios instrumentos, que como veremos se traducirá en un fenómeno claro de hibridación, que ya hemos mencionado.

Según entendemos nosotros, el Derecho contemporáneo ha pasado por dos fases de transformación: la primera, la que BOBBIO explicó con su célebre expresión «publicación del Derecho privado y privatización del Derecho público», donde la distinción se va diluyendo, pero aún existe. Y la segunda, la actual, es la que CASSESE, en su última edición de su manual de Derecho Administrativo, expone al describir el Derecho administrativo general (no sólo el global) como una materia no de Derecho público, sino de Derecho mixto³⁵².

Por tanto, la perspectiva que vamos a adoptar es exactamente ésta: el Derecho Administrativo Global es un Derecho mixto entre público y privado, que puede manifestarse igual en un acto administrativo que en un contrato entre privados. Y esto sucede por una razón, y es que el carácter público del Derecho administrativo reside en el carácter público de la función regulada, pues son las funciones las que definen el Derecho administrativo, no el contenido. De ahí que las normas privadas supranacionales sean materia de Derecho público, porque su creación, recepción y eficacia son manifestaciones de la función normativa, y constituyen en

³⁵¹ Sobre la distinción clásica Derecho público-Derecho privado, vid. COLMEIRO (1876:34); DE CASTRO (1955:97); VELASCO CABALLERO (2014:101); LACRUZ BERDEJO (2002): *Elementos de Derecho Civil: I. Parte General Volumen Primero*. Madrid: Dykinson (p. 97); ALMOGUERA (2002:97).

³⁵² Así en CASSESE (2015:3 y ss.).

definitiva el ejercicio de una función de relevancia jurídico-pública, que se ejerce al margen y en sustitución de su equivalente estatal, la función legislativa. Para llegar a esta conclusión, creemos que hay que renunciar necesariamente a todo criterio del carácter jurídico público o privado como cualidad de un determinado sector normativo en virtud de la organización de cumplimiento³⁵³. En la aplicación de las normas privadas supranacionales podemos

³⁵³ En este sentido vid. el trabajo preclaro -ya casi clásico- de VELASCO CABALLERO (2014). Por otra parte, no parece del todo claro que la Administración sea verdaderamente una organización de cumplimiento; lo es si asumimos que su función es el estricto cumplimiento de la Ley (luego la *realización* de lo que ésta prescribe). Pero es mucho más dudoso si atendemos a los claros ámbitos de discrecionalidad de los que goza la Administración. Parece más bien que ésta es un sujeto que aplica el Derecho, pero su sometimiento al Poder Judicial como organización de control genuina es tan necesario como el de cualquier otro sujeto, y de hecho probablemente más aún; otra cosa es que la metodología aplicativa del Derecho a la Administración y a los Jueces sea diferente (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016), pero esto no empeece nuestra conclusión. En las normas privadas supranacionales no es diferente: el sometimiento al control del Poder Judicial debe ser la clave de su eficacia, hasta el extremo de que sólo este podrá introducirlas en el sistema. Más sencillo sería ver la *summa divisio* en la teoría del interés, muy denostada (VELASCO, 2014:32 y sobre todo MEDINA ALCOZ, 2016) pero revalorizada si observamos que en toda norma jurídica conviven intereses particulares y públicos, aunque sea en diferentes proporciones (las de Derecho privado más de los primeros, las de Derecho público más de los segundos, *grosso modo*) y que en todo caso todas las normas servirían al interés general, en el sentido de un *tertium genus* que englobaría todos los intereses posibles de la sociedad (por ejemplo, la defensa de los derechos fundamentales). De esta manera, las normas privadas supranacionales serían híbridas de nuevo: porque sirven en su fondo a intereses tanto particulares como públicos, porque son creadas en su forma por sujetos privados ejerciendo una función de relevancia jurídico-pública, porque son sometidas a un control por parte del Juez ordinario en el que pueden verse limitadas o inaplicadas en virtud del interés general por normas internas que pueden ser de Derecho público (principios constitucionales o administrativos) o de Derecho privado (normas imperativas de ramas jurídicas privatistas).

encontrar a la Administración³⁵⁴, pero en último término el control siempre remite al Juez nacional.

Además, la oposición liberal entre Estado y Sociedad que caracteriza las relaciones de Derecho privado pierde importancia cuando un agente de la sociedad (como el ciudadano corporativo) ejerce *de facto* funciones genuinamente jurídico-públicas. De ahí que las normas privadas supranacionales deban ser estudiadas desde el Derecho público, pues estas normas, que son manifestación de una función pública autoatribuida por el ciudadano corporativo a sí mismo, tienen una vertiente jurídico-pública fundamental. Reducirlas a Derecho privado supondría renunciar a todas las garantías del Derecho público en su control y aplicación, cosa obviamente inadmisibles. Vemos por tanto, cómo la distinción Derecho público-Derecho privado se va diluyendo en los nuevos sectores normativos, pero sin perder del todo su utilidad, y también cómo las normas privadas supranacionales son expresión genuina de un nuevo fenómeno jurídico, propio del Derecho Global, la ya citada hibridación.

Además del carácter público-formal de las normas supranacionales derivado del ejercicio de la función normativa, las normas privadas supranacionales tienen cierta naturaleza jurídico-pública material, derivada de su objeto, interés y fines. La distinción Derecho público-

³⁵⁴ A la Administración podremos encontrarla de dos formas, aunque ambas reconducibles a la misma técnica aplicativa. La primera es aplicando el *soft law* administrativo, es decir, el Derecho blando o débil generado por la propia Administración, el Derecho Europeo o ciertas normas internacionales (aquellas vinculadas más directamente al ejercicio de soberanía estatal). Veremos después que este tipo de *soft law* no lo identificamos con las normas privadas supranacionales. En estos casos la técnica aplicativa adecuada es la descrita por SARMIENTO (2006, 2008) y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016), que explicamos más abajo, pero que básicamente consiste en otorgar al *soft law* una eficacia integradora directa de la norma de conducta de la Administración, pero indirecta de la de control. Sobre esto no discutimos en el presente trabajo. La segunda forma en la que encontramos a la Administración es aplicando normas privadas supranacionales, como normas técnicas ISO, por ejemplo. Como ya hemos explicado, en estas normas incluimos las «internacionales» que proceden de organizaciones internacionales y que sólo indirectamente están vinculadas a la soberanía estatal (por ejemplo, de la OMC o GATT). Aquí se acumulan los problemas (de legitimidad, de eficacia, etc.) y es esta la situación a la que nos dirigimos en el presente trabajo. Sin embargo, la solución aplicativa, en lo que respecta a la metodología aplicativa para la Administración, no tiene que ser distinta de la del *soft law* administrativo: las normas privadas supranacionales pueden ser *recibidas* por la Administración -con idénticos efectos que cualquier otro sujeto privado- pero limitar su eficacia a la integración de la norma de conducta. A los efectos del presente trabajo, esto no marca diferencia alguna. Para el problema de *cómo aplicarle las normas privadas supranacionales a la Administración*, son válidas estas soluciones. La teoría de las normas supranacionales que exponemos se centra en la norma de control, y es aquí donde está la diferencia con los autores anteriores. El control de la aplicación de la norma privada supranacional se llevará a cabo por el Juez, que revisará no sólo el acto o actividad administrativa, sino que también someterá a la norma privada supranacional (también llamado *soft law* supranacional) al procedimiento de legitimación, exactamente igual que si la norma la hubiera recibido cualquier sujeto privado. Ahora bien, de ser admisible en el ordenamiento la citada norma, entonces el Juez podrá aplicarla, en ese caso concreto, con plenos efectos, siendo ya no indirecta su capacidad de integración de la norma de control, sino directa y plenamente eficaz incluso para determinar la invalidez de un acto o actuación administrativa que la aplica, por ejemplo. Insistimos en que este es un régimen para las normas privadas supranacionales; para el *soft law* administrativo, es decir, las normas «no vinculantes» públicas, el régimen será el descrito por los autores anteriores, con su propuesta de eficacia limitada de estas últimas normas a efectos del control.

Derecho privado es, en su sentido moderno, la consecuencia en la metodología jurídica de la dialéctica Estado-Sociedad. Las normas del Derecho público tienen (o deben tener) un objeto relevante a efectos jurídico-públicos, y sirven a los intereses generales y a los fines de la sociedad o comunidad en su dimensión política, en la que actúa como un soberano, la *sociedad política*, en expresión de la Constitución de Cádiz³⁵⁵.

Por el contrario, el Derecho privado tiene como objeto las relaciones de la vida en la Sociedad, protege los intereses privados y sirve a los fines de los particulares, siendo su manifestación más general el civil. Por eso la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1921 define el Derecho civil como «*el llamado a juzgar todos los actos o hechos de la vida privada social*»³⁵⁶. Late en esta sentencia la contraposición Estado-Sociedad en su más pura esencia, recordando al Código Civil austriaco de 1811: el Estado, el Derecho público, no debe inmiscuirse en las relaciones de la vida Social, que pertenecen al Derecho privado, ese ámbito protegido del Estado por el propio legislador liberal. La evolución del Estado moderno ha llevado a encontrar límites más difusos entre el Derecho público y el Derecho privado, que dejan su aislamiento mutuo, precisamente porque la era de la incomunicación entre Estado y Sociedad ha terminado: ambos se comunican y la hacen constantemente. Ahora bien, la distinción sigue existiendo, y es necesaria como garantía de la libertad del individuo y también *de los grupos en que se integra* frente al poder del Estado.

Otro punto de quiebra de la distinción Derecho Público-Derecho Privado en el Derecho Global se encuentra en lo que se ha dado en llamar los *bienes jurídico-públicos*. Tal quiebra ha sido examinada, en un tono crítico, a cuenta de las normas supranacionales emanadas de la OMC por el profesor LAPORTA³⁵⁷. Entiende el autor que lo que provee la OMC a sus Estados Miembros, un mercado liberalizado de mercancías, es lo que llama un «bien público impuro», pues no está disponible para todos los actores, sino sólo para aquellos que son miembros de esta organización internacional, para lo cual los propios miembros deben

³⁵⁵ Esta idea se ha expresado de diferentes formas, y no se refleja igual en el Estado Liberal y en el Estado Social. Absolutamente paradigmática expresión del concepto de intereses generales en el Estado Liberal es el célebre y voluntarista mandato de garantizar la felicidad de los ciudadanos del artículo 13 de la Constitución española de 1812, «*El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen*». El concepto no puede ser igual en el Estado Social, donde se valora más bien la promoción, la intervención activa del Estado. Basta con recordar el artículo 9.2 de la vigente Constitución española de 1978.

³⁵⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013): *Derecho Civil*, vol. I, Madrid: Edisofer, p. 31.

³⁵⁷ LAPORTA (2005). Aquí la referencia es genérica al conjunto del trabajo, porque lo que exponemos es su precisamente su tesis general.

«pagar» una suerte de «ticket de entrada», que son las propias concesiones arancelarias y jurídicas en beneficio de la OMC, o sea, la recepción de las normas de ésta. De ahí que el autor también califique estos bienes como «bienes de club», porque un bien como el mercado liberalizado al que da acceso la pertenencia a la OMC sólo está disponible para sus propios miembros.

Esta observación, a nuestro entender, capta la naturaleza de las normas privadas supranacionales, que básicamente funcionan de esta manera: mediante su recepción, el sujeto obligado tiene acceso a los beneficios de aplicar la norma, que pueden consistir en el acceso a un determinado mercado (o a una competición deportiva, por ejemplo) o a un determinado sistema de certificación, o cualquier otra ventaja competitiva derivada de la estima social que implica el cumplimiento de dicha norma supranacional. De esta forma, el interés económico en la recepción de la norma para el sujeto obligado puede entenderse, como lo ha hecho LAPORTA, en el sentido de que recibir la norma es un coste del que se espera un beneficio posterior, al tiempo que recibir la norma privada supranacional puede suponer un coste *menor* que aplicar la norma del Estado, con lo cual la ventaja económica del Derecho Global deviene obvia.

Naturalmente, las implicaciones de tal asunción son de largo alcance y no pueden estar exentas de crítica y control. Que la naturaleza material de las normas privadas supranacionales nos lleva inmediatamente al análisis económico del Derecho es la primera y más importante de estas consecuencias. No obstante, conviene ser cautelosos. Este razonamiento material-económico nos sirve para entender la lógica de los actores del Derecho Global. Pero precisamente para poner límites a los efectos de este razonamiento exclusivamente económico nosotros apostamos por un criterio formal de norma privada supranacional. Si nuestra definición de las normas privadas supranacionales reposara exclusivamente sobre su naturaleza material se impondría siempre el interés económico subyacente a su aplicación, *en aras de* otros bienes jurídicos en liza, enfatizando el «elemento iusprivatista» de tales normas. Ahora bien, mediante el criterio formal, pretendemos que *sin negar* ese beneficio económico, éste pueda limitarse en virtud de un procedimiento formal de

legitimación de la norma, mediante su recepción en el Derecho interno³⁵⁸. Esto supone, a nuestro entender, un énfasis en el elemento iuspublicista formal, el ejercicio de la función normativa, sin negar el principio general, que es la naturaleza híbrida del conjunto.

2. Las normas privadas supranacionales ante las categorías del Derecho Administrativo

En lo que respecta al contenido sustancial del estudio, hay que tener presente que el Derecho Administrativo Global desafía muchos dogmas jurídicos aceptados como fundamentos del Derecho Administrativo estatal. Conceptos como el de Derecho administrativo estatutario y la personalidad jurídica de la Administración son difícilmente nociones válidas para la realidad del Derecho Administrativo Global, en un marco de ejercicio de una soberanía cercenada por una realidad internacional multipolar, plagada de multitud de agentes públicos y privados capaces de generar sus propias normas jurídicas, cuya legitimidad y aplicabilidad están en cuestión. Este fenómeno se corresponde con lo que ha venido en llamarse en Ciencia Política «la gobernanza». En este contexto, creemos claro que es preferible un modelo de personalidad jurídica del Estado (pues es a éste al que van a imputarse todas las potestades de control del Derecho Global, por mucho que el control material lo residencie en el Juez nacional) antes que una atribución de la personalidad jurídica a una administración cuyo papel en el ámbito global será necesariamente pequeño. Igualmente, conviene asumir ya una naturaleza relacional, no estatutaria del Derecho Administrativo, para poder así categorizar un Derecho Administrativo Global que es, en definitiva, un conjunto complejo de relaciones jurídicas.³⁵⁹.

³⁵⁸ Sobre esta línea crítica con el Derecho Global vid también, *inter alia*, CIURO CALDANI, M.A. (2006): «Filosofía y sistema del Derecho de la Integración (El complejo problemático del Derecho de la Integración. Hacia la autonomía científica del Derecho de la Integración)», *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n. 29, pp. 27-48; BELLOSO MARTÍN, N. (2013) y HIERRO (2009) y -desde una perspectiva favorable, pero consciente de las críticas, y además en un resumen formidable de la problemática metodológica del Derecho Global- vid. también TWINING, W (2005): «Teoría del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 39, 597-644.

³⁵⁹ Sobre el derecho administrativo estatutario y la personalidad jurídica propia de las Administraciones Públicas, su gran defensor ha sido naturalmente GARCÍA DE ENTERRÍA, en numerosos trabajos desde comienzos de los años 60, aunque citaremos como referencia GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2011): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, Vol. I, pp. 33-55. Su gran crítico es, sin duda, GALLEGO ANABITARTE, fundamentalmente en GALLEGO ANABITARTE, A. (1971c): *Derecho General de Organización*, Madrid: ENAP, pp. 58 y ss. y 363 y ss., y GALLEGO ANABITARTE, A. (1992). *Constitución y personalidad jurídica del Estado*. Madrid: Tecnos, especialmente p. 85, y en defensa de la personalidad jurídica del Estado vid. también GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A. (1967-74): *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid: Revista de Derecho Privado. Sobre la llamada gobernanza, concepto de la Ciencia Política bien conocido y relacionado habitualmente con el Derecho Global, vid. en general SODARO, M.J. (2004): *Comparative Politics*, McGraw-Hill.

Por otra parte, tampoco puede seguir sosteniéndose en el contexto del Derecho Global la vigencia plena de los principios de territorialidad y legalidad en su sentido de vinculación positiva en su sentido tradicional. Resulta impensable que los sujetos supranacionales, especialmente los privados, puedan estar limitados en su actuación a aquello que la Ley les permite, cuando normalmente no existe norma supranacional, internacional o estatal que regule su actividad; desde el punto de vista del Derecho administrativo, la actuación de todos los agentes en el orden internacional (incluso de las administraciones) sólo puede regirse por la autonomía de la voluntad, administrativamente hablando, por un mecanismo equivalente al principio de vinculación negativa a la legalidad. Al mismo tiempo, el sometimiento a las normas supranacionales que constriñen esta libertad negativa sólo puede fundamentarse en la propia autonomía de la voluntad de sus destinatarios, de ahí que apostemos por la teoría de la recepción.

Aún así, conviene recordar que el Soberano no ha perdido tanto poder, como la territorialidad no ha perdido tanta importancia, ni la potestad legislativa ha quedado desplazada en absoluto del panorama normativo. El trinomio sigue reinando, lo que ha perdido es el monopolio de la creación normativa³⁶⁰. Pero aún es el Soberano aún es el autor de la mayoría de las normas jurídicas, que además son las normas más poderosas, por dos razones. La primera, el Soberano es el único sujeto capaz de crear un Sistema de normas, allí donde las entidades no soberanas, públicas o privadas, sólo crean normas con una aproximación aporística, es decir, para resolver problemas concretos. Y la segunda: si el Soberano se ha constituido en un Estado democrático, es indudable que sus normas tienen la mayor legitimación posible, especialmente la norma parlamentaria (Ley formal): la legitimación democrática. Esto no significa, sin embargo, que la legitimidad democrática tenga un carácter positivo. Para el realismo político-constitucional «*la unidad y ordenación reside en la existencia política del Estado, y no de leyes, reglas ni ninguna clase de normatividades*»³⁶¹. El reto para las normas privadas supranacionales no es desplazar la posición normativa de la Ley democrática, sino ocupar el espacio que ésta deja libre a la regulación técnica e incardinarse en el ordenamiento jurídico del Estado, siendo coherente con los principios constitucionales de éste. En un Estado democrático sólo son democráticas las normas emanadas del soberano,

³⁶⁰ En el mismo sentido, SCHEPEL (2005:33) «*if globalization has done anything, it has broken up this frame, it has depossessed the state in his monopoly in lawmaking*».

³⁶¹ SCHMITT (2001:35).

o de autoridades autorizadas por él para generar normas jurídicas, constitucional o legalmente³⁶².

Hasta ahora, lo que hemos examinado es la teoría general del Derecho público y del Estado. Pero resulta ineludible situar también las normas supranacionales en el Derecho administrativo. El Derecho administrativo sería, en celebrísima expresión de WERNER, Derecho constitucional concretizado³⁶³, de forma que hay más que una conexión íntima entre ambos, una relación de identidad sustancial como partes de una misma cosa, el Derecho público. Existe toda una gama de normas reglamentarias de rango jerárquico inferior al Real Decreto cuya naturaleza formal es evidentemente reglamentaria, pero cuyo contenido material tiene un carácter técnico creciente, lo que las acerca a las normas supranacionales. El ejemplo por antonomasia serán las Órdenes Ministeriales, y por tanto por la potestad reglamentaria residual de los Ministros en la materia atribuida a su Departamento ex art. 24.2.2º LGOB y 24.2.2º de la Ley 40/2015. Según una clásica doctrina, sus destinatarios estarían sometidos a una relación de «supremacía especial». Este concepto procedente del Derecho alemán, hoy denostado, indudablemente incurrió en excesos, y en alguna de sus vertientes no resulta aceptable a la luz de la CE, pues ni las reservas de Ley tienen excepciones personales ni es posible negar los derechos fundamentales en ella reconocidos a los sujetos de esas relaciones. Sin embargo, dogmáticamente su construcción es sólida, y no puede negársele su utilidad, tanto para describir la naturaleza de determinadas relaciones jurídicas como las mencionadas (claramente distinta del régimen general de la relación Estado-Sociedad, Administración-Ciudadano) como para elaborar posibles construcciones a nivel supranacional, entre ciudadano corporativo y sujeto obligado por sus normas. Así, la relación de sujeción especial podría servir, no como antaño para ampliar el poder de la Administración respecto de ciertos sujetos, sino al contrario, para limitar el poder del ciudadano corporativo respecto del sujeto obligado, en virtud de la especial relación de confianza en la que incurren cuando el segundo acepta la fuerza del ejercicio normativo fáctico del primero. En todo caso y dentro de los ordenamientos estatales, la tendencia de la doctrina constitucional es entender estos casos como situaciones de sujeción derivadas

³⁶² Ciertamente, tanto en el caso de la legislación delegada como en el de las normas reglamentarias, se discute el alcance de su legitimidad democrática. En este, sin embargo, no podemos detenernos. Con carácter general (dentro de una inabarcable bibliografía) vid. GALLEGO ANABITARTE, A. (1971): *Ley y Reglamento en el Derecho Público occidental*. Madrid: IEA; MUÑOZ MACHADO, S. (2015:VII), Madrid: BOE y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. (1994): *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

³⁶³ Vid. STERN (1987:599).

directamente de la Constitución y en las que las limitaciones sólo existen cuando se amparan en la norma suprema³⁶⁴.

Un problema jurídico similar plantean las instrucciones y circulares, que en algunos casos son auténticos Reglamentos, aunque sean de autoorganización (circulares normativas), mientras que otras no son más que actos administrativos (directivas) o incluso meras comunicaciones (informativas) a los funcionarios subordinados del Ministerio. SANTI ROMANO categorizó estas supuestas normas bajo un paraguas muy ambiguo, el de «*norme indirecte*»³⁶⁵, si bien esta es una conclusión dudosa, incluso para aquellas disposiciones a las que la doctrina atribuye un claro carácter normativo. Algunos autores han negado sencillamente el poder normativo de estas normas jurídicas jerárquicamente inferiores, argumentando que debajo del Ministro, más que de poder reglamentario debe hablarse de poder de instrucción a los inferiores jerárquicos³⁶⁶. Otros autores precisan que, a la vista de una jurisprudencia -ya venerable- del Tribunal Supremo, instrucciones y circulares son puras instrucciones de servicios si son meramente comunicadas a los funcionarios a los que se encarga su cumplimiento -en cuyo caso ni obligarían a terceros, ni serían invocables ante los tribunales, ni se les reconocería si

³⁶⁴ El teórico por antonomasia de las relaciones de sujeción especial en nuestra doctrina es, sin duda, GALLEGO ANABITARTE, A. (1961): «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. Una Contribución a la teoría del Estado de Derecho», *Revista de administración pública*, n. 34, pp. 11-52. Y sus grandes críticos, también sin duda, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011:221-3). En todo caso, conviene detenerse en la altura dogmática de esta construcción, sea o no aplicable al ordenamiento constitucional vigente, pues aporta recursos útiles para un Derecho Público Global que es, básicamente, relacional.

³⁶⁵ En el que incluye igualmente los Tratados Internacionales (¡nada menos!) especialmente si regulan la actividad de servicios públicos de implantación transnacional (correos, transporte ferroviario, etc.) y los convenios entre administraciones públicas -también especialmente si regulan servicios públicos-, o incluso cualesquiera actos administrativos individuales cuyos efectos puedan desplegarse frente a otros ciudadanos. En fin, una categoría que simplemente pretende recoger muy diferentes fenómenos normativos cuya eficacia no se despliega directamente sobre la generalidad de los ciudadanos. Vid. SANTI ROMANO (1912:30-31).

³⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011:209).

quiera el carácter de normas jurídicas- pero son normas si se publican en el Boletín Oficial del Estado, obligando entonces a terceros³⁶⁷.

En realidad, existen instrumentos formales en el ordenamiento jurídico cuyo contenido material se solapa tanto o más con el contenido de las normas supranacionales que el de la misma Ley, y era necesario conocer los fundamentos de la potestad reglamentaria para, seguidamente, entender los de la norma supranacional: una función normativa *de facto* y de relevancia jurídico pública que, aunque de antiguo se ha situado «más cerca de lo social que de lo jurídico»³⁶⁸, ostenta realmente un pleno carácter jurídico y constituye Derecho, de un modo que de hecho entra en conflicto normativo con el Derecho interno. De ahí que los conflictos normativos que aspiramos a resolver en el presente trabajo se producirán entre una norma supranacional y una norma jurídica del ordenamiento interno, con independencia de que ésta sea una Ley o un Reglamento.

3. ¿Concepto o tipo?

El mismo razonamiento que ya hemos hecho con la formación de conceptos, cabe aplicarlo ahora a la formación de tipos. Este es un recurso metodológico que fue cobrando importancia a medida que ha ido ganando terreno a la formación de conceptos³⁶⁹: consiste en la formación de grupos de concretos que comparten una serie de características similares, pero sin que necesariamente todas las características deban darse en todos los objetos concretos a la vez, y desde luego sin formar un «abstracto» de los propios objetos concretos. Un objeto es de un tipo si comparte algunas de las características que identifican al tipo, no siempre todas,

³⁶⁷ VILLAR PALASÍ (1977:472), GARCÍA-TREVIJANO (1974:I,312) y SSTs de 30 de junio de 1961 y de 26 de mayo de 1962, que en ambos casos enfatizan que las normas internas no necesitan ser publicadas, ni tampoco someterse al procedimiento de elaboración de los reglamentos. En realidad, en tiempos más modernos, incluso el Tribunal Constitucional ha confirmado esta doctrina, vid. STC 150/1994, de 25 de mayo, FJ 6. De todas formas, y desde un enfoque menos formalista y más actual, MELERO ALONSO, E. (2005): *Reglamentos y Disposiciones Administrativas: Análisis Teórico y Práctico*, Valladolid: Lex Nova pp. 433-35, ha demostrado cómo, incluso en las instrucciones internas no publicadas, la potestad jerárquica que, se supone, ampara la emisión de tales prescripciones -por contraposición a la potestad reglamentaria, que en opinión de los autores anteriores sin la publicación no entraría en juego- despliega inevitablemente efectos también sobre los ciudadanos. Por este motivo, se autoriza como mínimo la impugnación directa de tales instrucciones o circulares internas junto con la impugnación de los actos que las apliquen (STS de 8 de mayo de 1998, FJ 3) y en algún caso el recurso directo, siempre que el recurrente ostente un derecho o interés legítimo (SSTs de 30 de septiembre de 1991, de 4 de febrero de 1994 y de 10 de mayo de 1994). Esta última es la que, entendemos con el autor, debería ser la regla general siempre que el recurrente demuestre ostentar *legitimación* (aquí en el sentido tradicional y estrictamente procesal del artículo 19.1.a) LJCA).

³⁶⁸ GARCÍA-TREVIJANO (1974:I, 315).

³⁶⁹ Sobre esto vid. LARENZ y CANARIS (1995:290) y RÜTHERS *et al.* (2013:123). También, sobre su utilidad en el Derecho Administrativo, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007:72, 92).

pero sí algunas de ellas. Así, puede hipotéticamente darse el caso de que dos objetos sin características en común sean del mismo tipo, siempre que ambos tengan características (diferentes) del éste, o lo que es más probable, que compartan una o muy pocas características, pero aún así sean del mismo tipo.

Se ha dicho que «lo jurídico» debe identificarse, primero de todo, con una expresión lingüística, o un conjunto de estas expresiones, a las que efectivamente tradicionalmente hemos categorizado -no sin imponer cierto hieratismo- buscando sus rasgos comunes y formando «sistemas». Esto es lo que se ha llamado la teoría comunicacional del Derecho³⁷⁰. Esta teoría nos resulta útil en lo que sirve para poner de manifiesto esa naturaleza enunciativa de las normas, que las normas privadas supranacionales obviamente comparten.

Pues bien, pretendemos demostrar que las normas supranacionales no deben entenderse propiamente como un concepto, sino como un tipo de norma jurídica, y a su vez elaborar la clasificación correspondiente. Efectivamente, hemos renunciado a formar un concepto de norma privada supranacional. El motivo es que creemos que no existe tal concepto, y formarlo sólo serviría para aislar el Derecho Global del resto de disciplinas jurídicas, como si sus normas fueran de naturaleza diferente: son, sencillamente, normas supranacionales. El concepto abstracto en el que se subsume la norma privada supranacional es el de norma jurídica. Por tanto, el concepto del que partimos como fundamento en este estudio es la norma jurídica, no la norma jurídica privada supranacional. Ésta última no pasa de ser un tipo de norma, no un concepto autónomo, pues de serlo su naturaleza no sería idéntica a la de la norma jurídica interna. Por tanto, aunque ambas pertenezcan al mismo supraconcepto, el de norma jurídica, ambas serían esencialmente distintas, y entonces sí que requerirían un método autónomo y distinto para ser aplicadas. Por supuesto, los conflictos entre ellas serían irresolubles, porque cada una de ellas es un concepto propio, con sus propios elementos esenciales. Al optar por aplicar una u otra estaríamos barajando opciones sustancialmente distintas. Esta es precisamente la conclusión que queremos evadir.

En cambio, si asumimos -como nosotros hacemos- que ambas son meras normas jurídicas, y que sus diferencias son de tipología -es decir, de características, de lo no esencial- entonces el conflicto resulta darse entre dos sustancias iguales (dos normas jurídicas) y las posiciones equiparadas facilitan enormemente la resolución del conflicto normativo. Ahora ya no

³⁷⁰ Vid. ROBLES MORCHÓN, G. (2015): *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, v. I, Madrid: Thomson Civitas (6ª Ed.).

tenemos más que elegir entre dos concretos de distinto tipo dentro del mismo concepto, y la metodología válida para la resolución de conflictos normativos *ad intra* es válida para resolver los conflictos entre la norma interna y la supraestatal, pues su objeto es el mismo concepto, la norma jurídica.

Dicho esto, la clasificación que aquí presentamos no es ni mucho menos de todos los tipos de norma jurídica, sino específicamente la clasificación de los subtipos de un tipo, el de las normas jurídicas que tienen la característica la supranacionalidad, entendiendo por tal cualquier circunstancia no estatal en su eficacia, pero excluyendo aquellas que, teniendo efectos exclusivamente nacionales, pueden tener un contenido que pueda calificarse como inter o supranacional (la incorporación de una Directiva, o la transcripción de una norma de Derecho extranjero mediante la incorporación de una norma interna, por ejemplo).

Desde este prisma, identificamos tres tipos de normas supranacionales³⁷¹. En primer lugar, tenemos las normas de eficacia transnacional. Éstas serían normas jurídicas internas, pero con la característica de tener una cierta eficacia supranacional, o dicho con más precisión, transnacional, porque su eficacia no se produce en el ámbito del Derecho internacional público o en el del Derecho global, sino en el territorio de otro Estado. En estas normas se manifiesta un fenómeno fundamental de la internacionalización del Derecho público, a saber, la eficacia de la norma estatal, tradicionalmente limitada al territorio, en un territorio ajeno y sometido a su propia soberanía estatal y a su propio sistema jurídico. Así sucede por ejemplo en el seno de la Unión Europea cuando entran en juego los mecanismos de reconocimiento mutuo, o incluso con muchas normas no propiamente consensuadas, sino todo impuestas por ciertos Estados, que tienen efectos ultraterritoriales, aplicándose a relaciones jurídicas ajenas tan pronto como interviene un elemento nacional, aunque sea muy tangencial. Es el caso de gran parte de la legislación financiera norteamericana. Mención aparte merecería la extraterritorialidad del Derecho penal, especialmente vigente en las llamadas órdenes europeas de detención, objeto de gran polémica jurisprudencial, como bien sabemos. Ahora bien, este no va a ser el objeto en el que nos centremos en el presente trabajo.

³⁷¹ Aunque esta distinción tripartita es nuestra, desde luego la caracterización de las normas privadas supranacionales y sus conflictos con las normas internas ya están en la doctrina. Probablemente, quien mejor ha sabido caracterizar estos conflictos ha sido FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G. (2004), y FISCHER-LESCANO, A. (2008). A estas, podríamos añadir los casos, por ejemplo, de la Sarbanes-Oxley Act norteamericana de 2002, reiteradamente estudiada y que citamos más abajo, Parte § II, 4. Vid. en todo caso RIBSTEIN, L.E. (2003).

Un segundo tipo de normas internacionales son las normas de las organizaciones internacionales. Éstas se caracterizan por emanar de organizaciones constituidas por Estados y a menudo con estatus jurídico-público en el Derecho Internacional, pero que no necesariamente tienen atribuida la potestad de crear normas, y menos aún que puedan, hipotéticamente equipararse a Leyes o a otros tratados internacionales, pero pueden ejercer esa función *de facto* al igual que las entidades privadas. Por último, algunas de estas normas son propiamente resoluciones de sus órganos de apelación, como sucede con el famoso Comité de Apelación de la OMC, pero que no se identifican ni con resoluciones judiciales (que no lo son) ni con actos administrativos, sino con normas.

Por último, tendríamos las normas privadas supranacionales propiamente dichas. Éstas serían las normas emanadas de las entidades privadas supranacionales, que abordan ámbitos regulatorios ocupados en el ordenamiento interno por el Derecho público, y que tienen una eficacia potencialmente mundial, pero que requieren su reconocimiento en el Derecho estatal para poder ser aplicadas territorialmente. Ahora bien, a estas entidades privadas supranacionales las habíamos incardinado en el concepto de ciudadano corporativo, al igual que a las propias organizaciones internacionales, en tanto que creadoras de normas jurídicas. Pues bien, ambos tipos de normas deben considerarse «hermanos gemelos»: en la medida en que el Derecho Internacional no puede absorber las normas, directrices y recomendaciones emanadas de las propias organizaciones internacionales, su eficacia será la misma que la de las normas emanadas de entidades privadas, y la naturaleza del sujeto que ejercita la función también, pues puede reducirse su naturaleza a la de un sujeto que ejercita funciones con relevancia jurídico-pública sin la legitimación estatal.

En definitiva, la naturaleza de la organización, pública, privada o *de facto*, no condiciona la naturaleza del ejercicio del poder normativo, que es siempre *privado* en tanto que no goce de la legitimidad estatal. Por tanto, las normas que surjan de este ejercicio, ya provengan de organizaciones internacionales o de entidades privadas o de reuniones celebradas informalmente, son siempre privadas y supranacionales. Queda pues abolida la distinción entre normas de las organizaciones internacionales y privadas internacionales, pues lo determinante en su carácter privado no es la naturaleza del sujeto del que emanan, sino de la

naturaleza del ejercicio de la función ejercitada, que en tanto que no es estatalmente legitimada, es siempre privada³⁷².

Hay todavía un último punto que aclarar: la distinción entre norma y acto³⁷³. Tal distinción está aún por desarrollar en el Derecho Global, de manera que toda decisión en ejercicio de funciones con relevancia jurídico-pública, incluso aunque no goce del requisito de la generalidad (tan cuestionado en la teoría de la norma jurídica) debe reconducirse al concepto de norma, al menos hasta que se forme un concepto de acto supranacional. Deberíamos recordar, por otra parte, que a pesar de la espectacular consolidación de la distinción entre norma y acto en todas las doctrinas administrativas occidentales en la segunda mitad del siglo XX (incluyendo en la inglesa) la distinción ya fue objeto de escrutinio por ZANOBINI, quien no llegó a ningún postulado concluyente, más que a la naturaleza política y aporística de la distinción³⁷⁴. Por este motivo, en el presente trabajo no renunciamos a la distinción, sino que simplemente asumimos que, en esta primera aproximación, el tratamiento de los actos supranacionales puede ser conjunto con el de las normas supranacionales, reconduciendo todos los ejercicios supranacionales de funciones con relevancia jurídico-pública al concepto de norma jurídica, y unificando así sus mecanismos de control. El futuro dirá si la distinción cabe y es útil en el Derecho Administrativo Global.

VI. Conclusiones de la Parte § I

I. Puede decirse que es correcto designar el contexto político que regula el Derecho Global como *New World Order*. Este un término polémico, pero que ya ha sido empleado para designar la realidad del Derecho Transnacional y Global, siempre y cuando sea definido con

³⁷² Estas normas privadas supranacionales, tal y como las estudiamos en el presente trabajo, son las que se incorporan mediante su alegación en un procedimiento judicial, y a menudo resolviendo un conflicto con una norma interna, como luego veremos. Si las mismas normas las ha incorporado el legislador por remisión, entonces el fenómeno de la eficacia de las propias normas privadas, tal y como lo estudiamos aquí, no se produce. La incorporación de las normas privadas supranacionales por remisión la ha estudiado MELERO ALONSO (2005:127), en el caso citado en relación con la norma UNE EN 1143-1.

³⁷³ En el caso del *soft law* administrativo, SARMIENTO (2008:93) ha negado que la norma sea posible que el Derecho débil se presente en forma de acto, pues por naturaleza tendría vocación de alcance general -más allá de la posible confusión con los actos generales-. A nosotros, sin embargo, esta conclusión no nos parece tan clara, sobre todo partiendo de la naturaleza convencional de la distinción. De ahí que prefiramos dejar la cuestión abierta: la propia práctica del Derecho Global nos dará la respuesta de si conviene generar una categoría de acto privado supranacional o sencillamente debe reconducirse a la categoría de norma privada supranacional de contenido singular o de destinatario único. Esta última es la opción por la que nos decantamos en el presente trabajo, sin ignorar que esta es una cuestión susceptible de evolucionar.

³⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (1981:280) citando a ZANOBINI (1917): «Sul fondamento dell'inderogabilità dei Regolamenti», *Rivista di Diritto Pubblico*, p. 15.

un marco conceptual propio. El elemento clave de este (des)orden jurídico es el ejercicio de funciones de relevancia jurídico-pública por parte de sujetos privados de relevancia supranacional.

II. Tres modelos de Derecho Administrativo Global. Doctrinalmente, pueden agruparse las corrientes del Derecho Global en tres grandes bloques. En primer lugar, la propuesta norteamericana, asistemática y pluralista, que propugna por lo general un reconocimiento de los efectos del Derecho Administrativo Global y su control mediante garantías procedimentales efectivas a nivel supranacional. En segundo lugar, la propuesta alemana, sistemática y estatalista, que intenta reconducir el fenómeno a los parámetros ya existentes en el Derecho del Estado, lo cual en algunos casos extremos puede llevar a negar parte del fenómeno, dejándolo así sin mecanismos efectivos de control. Y una tercera italiana, que puede considerarse ecléctica.

III. El Derecho del Estado Liberal económico como raíz jurídica inmediata. Las normas privadas supranacionales llegan en un contexto en el que ambos planteamientos, el liberal y el social, están cuestionados, ambos son antiguos y ha mostrado muchas veces sus fortalezas, pero también sus debilidades. Ahora bien, el influjo liberal en las normas privadas supranacionales, es indudable. El contexto económico en el que nacen la mayoría de ellas es indudablemente el de las corporaciones participantes en los mercados internacionales: éstas y las asociaciones que a veces conforman son el germen del ciudadano corporativo. Y la teoría económica (y no necesariamente, política) imperante entre éstas, por supuesto, es la liberal. Lo importante será encontrar un límite a esta *vis* liberal en los principios constitucionales del Estado de recepción de estas normas.

IV. Otra de las claves del trabajo estará en la evolución del Estado Garante. Desde un concepto de Estado Garante restringido y vinculado al control de los mercados internos, avanzaríamos hacia una expansión del concepto hacia el ámbito global, en el que el Estado no es tanto garante de la técnica del mercado -que se autorregula supranacionalmente- como de la aplicación de esas normas, mientras que su órgano de control de tales normas puede ser, en ciertos casos, un órgano o autoridad administrativa independiente (por ejemplo, en España, la CNMV o la CNMC, recomendando aplicar o inaplicar una norma supranacional), pero siempre siendo el último sujeto de control el Juez ordinario, en la aplicación *ad casum* de una norma supranacional.

V. Legitimidad y Legitimación. Para resolver este conjunto de problemáticas, el trabajo se vertebrará en torno a los conceptos de legitimidad y legitimación, en la reconstrucción de ambos conceptos que proponemos. En primer lugar, llamamos legitimidad al reconocimiento ideológico y político que subyace a un sistema jurídico por parte de la sociedad a la que se aplica tal sistema. En segundo lugar, llamamos legitimación al procedimiento por el cual las normas y actos de dicho sistema se revisten de tal legitimidad, procedimiento que en los sistemas de Derecho Estatal interno viene asociado a la validez, pero que es completamente autónomo en el caso de las normas privadas supranacionales, donde el procedimiento de legitimación consistirá en el control de principios constitucionales y de orden público de tal norma supranacional por parte del Juez ordinario, previo reconocimiento de tal norma por parte de un sujeto particular, que también tiene que alegarla en el proceso.

VI. La metodología que empleamos en el trabajo para caracterizar el Derecho Global incluye la formación de conceptos, y en concreto la formación de los conceptos de ciudadano corporativo, norma supranacional (que es, en realidad, un tipo de norma más que un concepto autónomo) y el mismo concepto de Derecho Global.

VII. El ciudadano corporativo es el sujeto de Derecho Global por antonomasia. Se trata de un sujeto que tiene autoatribuidas las funciones de relevancia jurídico-pública, que las ejerce *de facto*, y en cuyos procedimientos -en las construcciones norteamericana e italiana- pueden reconocerse algunos de los principios propios del Estado de Derecho, tales como el derecho de audiencia, la información pública, la transparencia, entre otros. No obstante, el control de tales principios no debe ser estricto, pues en estos términos sería difícilmente viable.

VIII. Por último, las normas privadas supranacionales son ellas mismas tipos de normas. El motivo es que creemos que no existe tal concepto, y formarlo sólo serviría para aislar el Derecho Global del resto de disciplinas jurídicas, como si sus normas fueran de naturaleza diferente: son, sencillamente, normas supranacionales. El concepto abstracto en el que se subsume la norma privada supranacional es el de norma jurídica. Por tanto, el concepto del que partimos como fundamento en este estudio es la norma jurídica, no la norma jurídica privada supranacional. Ésta última no pasa de ser un tipo de norma, no un concepto autónomo, pues de serlo su naturaleza no sería idéntica a la de la norma jurídica interna. Por tanto, aunque ambas pertenezcan al mismo supraconcepto, el de norma jurídica, ambas serían esencialmente distintas, y entonces sí que requerirían un método autónomo y distinto

para ser aplicadas. Por supuesto, los conflictos entre ellas serían irresolubles, porque cada una de ellas es un concepto propio, con sus propios elementos esenciales. Al optar por aplicar una u otra estaríamos barajando opciones sustancialmente distintas. Esta es precisamente la conclusión que queremos evadir.

PARTE § II. LA TEORÍA DE LA RECEPCIÓN SUBJETIVA

§ Capítulo 3. La teoría dogmática de la incorporación de las normas privadas supranacionales al Derecho del Estado

I. Tópica y sistemática en las normas privadas supranacionales

Ha llegado el momento de abordar la diferencia esencial entre el ordenamiento jurídico estatal y las normas internacionales: su naturaleza sistemática y tónica, respectivamente³⁷⁵. El ordenamiento es, por definición, sistemático. El Derecho administrativo estatal es sin lugar a dudas una rama del Derecho sistemática. La doctrina alemana ha llevado este principio hasta tal punto que el moderno Derecho administrativo alemán ha construido un concepto de Derecho administrativo como ciencia. SCHMIDT-ASSMANN ha explicado como, en su desarrollo histórico (fundamentalmente en Alemania) el Derecho administrativo ha avanzado siempre que se ha tratado de elaborar sistemáticamente, a través de las grandes obras de la doctrina. En la sistemática se han querido ver las grandes garantías que deben regir la legalidad administrativa: la igualdad de la aplicación de las normas a todos los administrados, los valores subyacentes al Derecho administrativo y la adaptación a los rápidos cambios del mundo regulado, sobre todo en la parte especial, son los ejemplos más repetidos como éxitos de la sistemática³⁷⁶.

A pesar de la solidez de la sistemática, ha ido la propia doctrina alemana la que ha introducido en el pensamiento jurídico contemporáneo la línea de reflexión inversa: la tónica³⁷⁷. Recuperando el pensamiento clásico, el autor observa que antes del desarrollo científico del pensamiento sistemático (no tan antiguo, como sabemos) hubo una larga tradición de pensamiento problemático, que ponía el problema en el centro de la metodología de la dialéctica, adoptando soluciones adaptadas a los casos. Es ARISTÓTELES quien desarrolla este método en su obra *Tópicos*, perteneciente a su *Órganon* de Lógica. El propio

³⁷⁵ La tónica de las normas privadas supranacionales puede asociarse a su carácter técnico, donde no siempre es posible contar con experiencias previas y la creación normativa («estandarización» si se quiere, aunque no consideramos correcto el término, pues ya hemos dicho que las normas privadas supranacionales son propiamente normas) debe llevarse a cabo caso por caso. En este sentido vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 141).

³⁷⁶ SCHMIDT-ASSMANN (2004 y 2003:2-3 y ss.).

³⁷⁷ Vid. especialmente VIEHWEG, T. (1953): *Topik und Jurisprudenz*, Munich: C.H.Beck [traducción española en VIEHWEG, T. (1986): *Tópica y jurisprudencia*, Madrid: Taurus]; LARENZ, K. y CANARIS, W. (1995:317); RÜTHERS, B., FISCHER, C. y BIRK, A. (2013:372 y ss.); en España, vid. GARCÍA AMADO, J.A. (1985 y 1987) y GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, P. (2016): «Tónica y doctrina del Consejo de Estado (sobre una manera jurídica de razonar)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 60, pp. 34-41.

término, *tópico*, del griego *topos*, -oi (lugar) evoca los lugares comunes como directrices para resolver los problemas casuísticamente. Al problema lo denomina el estagirita *aporía*, y al razonamiento por el que se resuelve *lógos*; el razonamiento consiste en emplear el método dialéctico para la construcción de las cosas «plausibles»³⁷⁸.

El razonamiento aporístico va a convertirse en señal de identidad del pensamiento de la Antigüedad, y desde luego del Derecho romano. El fundador de la Escuela de Maguncia demostró que la tradición jurídica romana era tópica: esa es la metodología dialéctica empleada por CÍCERÓN, y desde luego también por toda la jurisprudencia romana. El método del caso se opone al método sistemático, y demostró durante siglos su eficacia mediante su capacidad de adaptación a las circunstancias históricas, lo que motivó que IHERING viera en el Derecho romano un fino sentido económico que se adaptaba a las circunstancias, frente a la dogmatización sistemática de la jurisprudencia de conceptos³⁷⁹. Es innegable que la metodología tópica tiene sus propios éxitos, al menos en el campo jurídico.

Por poner un ejemplo del Derecho español, se ha estudiado recientemente que la Doctrina del Consejo de Estado sigue una aproximación innegablemente tópica, lo que demuestra la utilidad de esta teoría³⁸⁰. El interés del método reside en su influencia en la toma de decisiones por parte del órgano aplicador de la norma sobre la aplicación de ésta. Tal dialéctica de preguntas es de origen Escolástico, y es elaborada sobre todo por RAIMUNDO LULIO, que constituye el célebre *circulus questiorum*³⁸¹.

³⁷⁸ ARISTÓTELES (2007): *Tratados de Lógica*, Madrid: Gredos, p. 76.

³⁷⁹ VON IHERING, R. (1852-65): *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4 Bde. Leipzig: Breitkopf & Härtel.

³⁸⁰ GARCÍA-MANZANO (2016).

³⁸¹ VIEHWEG (1986:107). La contraposición entre la tradición aporística del Derecho romano y la sistemática moderna puede verse con el siguiente ejemplo sobre las normas internacionales. Cuando los flujos de extranjeros comenzaron a llegar a Roma, el Derecho romano reaccionó resolviendo sus problemas jurídicos mediante la creación de un segundo Pretor, el *Praetor Peregrinus*, cuya competencia eran los litigios entre ciudadanos no romanos, quedando el *Praetor Urbanus* encargado de los litigios entre ciudadanos romanos, pues sólo a éstos les era aplicable el Derecho de la *civitas*. Esta es una solución nítidamente tópica: el Derecho romano se enfoca en resolver los problemas concretos uno por uno, ofreciendo a cada caso una respuesta diferente. En el Derecho actual, el fenómeno es el mismo, a saber, el surgimiento de normas privadas que, con una naturaleza aporística, resuelven los problemas de la vida contemporánea. Sin embargo, la respuesta sistemática que vamos a proponer será muy distinta a la romana. Las normas supranacionales no se someterán a ninguna clase de jurisdicción especial, al contrario, se someterán a la jurisdicción común, serán examinadas junto con las normas internas por el órgano judicial competente en cada caso, y será éste el que decida sobre su aplicación. El Juez, como responsable último de la aplicación del Derecho del sistema, será la pieza clave de la integración y control de las normas privadas supranacionales.

Pues bien, nuestra propuesta es la integración en el ordenamiento-sistema jurídico estatal las normas privadas supranacionales tópicas de Derecho Global. La dicotomía es clara: el Derecho público tradicional es sistemático, y las normas internacionales son tópicas, responden a una metodología de *aporía* aristotélica (característica en la cual el Derecho Global sería heredero del Derecho romano, Derecho común, Escuela de los Comentaristas). Las normas internacionales son, en definitiva, una aproximación tópica y aporística, es decir, abordan el problema, generadas por la voluntad individual o acuerdo de los agentes privados, y finalmente van a ser aplicadas *ad casum* en una decisión judicial. Visto así, la función del

trabajo va a ser incardinar estas soluciones aporísticas (y por tanto desprovistas de coherencia) en un sistema territorial de Derecho público (como puede ser el español)³⁸².

Otro dato importante a retener: esa integración debe producirse dentro del Sistema jurídico de un Estado concreto. Pero por su naturaleza aporística, las normas internacionales están destinadas a ser incoherentes con el sistema de cualquier Estado. Precisamente el procedimiento de legitimación de la norma sirve a este objetivo: el Juez ordinario purga la norma internacional hasta que se comprueba si es aplicable o no dentro del ordenamiento: pero si vamos a considerarla aplicable, será sólo admitiendo su integración, y eso implica garantizar que la norma internacional es coherente con el resto del sistema en que se integra.

³⁸² No se nos escapa la aguda crítica a la sistematización de la aporía: que esta sistematización de lo tópico significa insistir en aquello en lo que fracasó LEIBNITZ, sistematizar un Derecho medieval que, siguiendo la tradición jurisprudencial romana y marcado por el *mos italicus*, había seguido siempre una aproximación tópica. A título aclaratorio, hay que llamar la atención sobre la polémica que rodea al contenido del concepto de tópica, su naturaleza metodológica y la indefinición en la que queda en la obra de VIEHWEG, que posteriormente se ha plasmado en una multiplicidad aplicativa en el campo de la teoría jurídica, a veces incluso a modo de mero cliché. Por otro lado, habría que aclarar también el significado del propio término aporía: ἀπορία hace referencia en griego, como es bien sabido, bien a la dificultad de pasar (en este sentido lo emplea JENOFONTE en Anábasis, 5, 6, 10) bien a una falta de recursos; la abstracción de este término sirve a la lengua griega antigua para referirse en sentido figurado a una dificultad en general o a una incertidumbre en un debate, y en este sentido es empleado por ARISTÓTELES, por ejemplo en Política, 3, 14, 15. El adjetivo correspondiente en griego es ἀπορος, en el sentido de camino impracticable o cuestión irresoluble (también presente encontramos el adverbio ἀπορώς, si bien nosotros empleamos el adjetivo «aporístico», helenismo moderno que hasta donde sabemos no existió en griego. Sobre esta cuestión etimológica vid. BAILLY, A. (2000). *Le Grand Bailly, Dictionnaire Grec-Français*, París: Hachette, p. 240. En filosofía, el término aporía se emplea más bien para referirse a un problema lógico o racional irresoluble, una paradoja. En el contexto jurídico, sin embargo, regresamos al contenido tradicional del concepto en su acepción más abstracta, y lo empleamos para referirnos a un problema que ha de ser resuelto por el Derecho. Así, la tópica jurídica sería según su fundador alemán la «*techné des Problemendenkens*», la técnica de la aporía o del pensamiento problemático, que en términos jurídicos se expresaría siempre como variación de una aporía fundamental, el problema de «*qué es lo justo aquí y ahora*», en fin, reedición del «*hic et nunc*» barroco, de fuerte impronta jesuita y después recuperado por el existencialismo alemán. En este sentido, la tópica se ha empleado desde su fundación al campo de la jurisprudencia, de la resolución de casos concretos, y por tanto ha sido estudiada sobre todo por la metodología aplicativa del Derecho. Sin embargo, la tópica es suficientemente amplia (o tal vez, ambigua) como para que pueda ser aplicada a la resolución de problemas jurídicos en un estadio muy anterior, el de la creación normativa. Así, una norma supranacional resuelve no un caso concreto, sino un conjunto potencialmente infinito de casos (como todas las normas), pero lo hace fuera de la sistemática de un ordenamiento jurídico, respondiendo sólo a las necesidades concretas del sector económico y contexto científico-técnico que regula y al margen de toda sistemática de principios jurídicos propios de los ordenamientos jurídicos sistemáticos estatales. Distinguir aquí entre tópica, entendida como una técnica jurídica exclusiva de la metodología aplicativa y sólo aplicable a casos concretos, y aporía como un método del problema en sentido más general que podría abarcar también la solución de problemas jurídicos no concretizados por parte de normas nos ha parecido inconveniente, porque nos llevaría a la conclusión de que decisiones singulares supranacionales (tales como los laudos arbitrales) serían calificables como tópicos, y las normas como aporísticas, cuando su naturaleza característica es fundamentalmente la misma: un desapego del sistema y un enfoque problemático. La clave de la tópica del Derecho Global está, en todo caso, en que la eficacia de sus normas supranacionales es siempre *ad casum*. En realidad, para el propio ARISTÓTELES el *topos* es un conjunto de supuestos, y a su vez «*un método, pues, de selección de entimemas* [que a su vez sabemos que es un tipo de silogismo, según el mismo autor]» (ARISTÓTELES (2003): *Retórica*, Madrid: CEPC, p. 146; asumimos a efectos de esta cita la traducción de A. Tovar en esta edición). Es decir, que la tópica sería un método para resolver problemas concretos, pero el *topos*-oi no es el problema concreto mismo, sino el lugar en el que éstos aparecen. En este sentido, calificamos en este trabajo las normas supranacionales como «tópicas», pero también «aporísticas», como dirigidas a resolver una gama diversa de problemas concretos que se presentan en contextos (lugares comunes) diversos y siempre mediante una aplicación casuística. Sobre esta discusión vid. GARCÍA AMADO, J.A. (1987): Tópica, Derecho y Método Jurídico, *Doxa*, n. 4, pp. 161-188, sobre todo pp. 162-164.

II. Un intento internacionalista de sistematización: ¿normas privadas internacionales o supranacionales?

Como es comprensible, tanto el Derecho Global como las normas privadas supranacionales han vivido un primer intento de categorización por parte del Derecho Internacional Público, e igualmente este es el terreno por el que ha transitado la Filosofía del Derecho. Sin embargo, como ya hemos explicado, el Derecho Global -y por tanto sus normas- son supranacionales, y no internacionales, pues ni son ni deberían ser un fenómeno interestatal.

La expresión supranacional es la clave de la comprensión de estas normas, siendo como sabemos la supranacionalidad característica esencial del Derecho Global. La expresión *normas privadas internacionales*, por su parte, puede generar confusión y llevar a equívocos puesto que lo internacional es por naturaleza lo que sucede entre Estados en el ámbito del Derecho Internacional Público, que es exactamente el ámbito dogmático del que queremos separar a las normas supranacionales. De todas formas, mantenemos la expresión *normas internacionales* para englobar una serie de fenómenos que incluyen tanto a las normas privadas supranacionales como a otros fenómenos normativos novedosos, como la eficacia extraterritorial de las normas de Derecho Público o las normas emanadas de organizaciones internacionales.

No obstante, conviene examinar una interesante propuesta internacionalista, también para comprender sus debilidades. Una voz autorizada que se ha pronunciado muy sólidamente en este sentido ha dedicado específicamente un estudio a la metodología jurídica en el campo de la internacionalización del Derecho. De este estudio hay muchos puntos muy sugerentes, pero el que probablemente conviene destacar con mayor ahínco es la exposición y crítica del llamado método autónomo³⁸³. Se trataría de una propuesta hermenéutica c adaptada a la realidad del Derecho Global, que permitiera revertir las fuerzas centrífugas de lo supranacional en centrípetas, reconduciendo la aplicación del Derecho Global mismo.

La solución propuesta dentro del contexto del llamado «método autónomo» es que la norma internacional se aísle del propio sistema del Estado en el que pretende aplicarse. De esta

³⁸³ BAYÓN MOHÍNO, J.C. (2009): «Internacionalización del Derecho y Metodología Jurídica», en DE FIGUEIREDO DIAS, J. (org.) (2009): *Internacionalização do Direito no novo século*, Coimbra: Boletim da faculdade de Direito, Coimbra Editora, pp. 13-43, pp. 31 y ss. Para otros ejemplos de la supuesta autonomía metodológica, vid. HEIDEMANN, M. (2013): «The autonomous interpretation method in international law with particular reference to the proposed European Sales Law I», *Amicus Curiae*, n. 93, pp. 21-30 y GEBAUER, M. (2000): «Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation», *Uniform Law Review*, n. 4, 683-705.

manera, la *lex fori* queda excluida de toda aplicación, ni siquiera interpretativa, a la norma internacional, que es objeto de su propio sistema aplicativo. Esta opción tiene a su favor que funciona en ciertos Tratados internacionales, singularmente en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que incluye este método en su artículo 7.1³⁸⁴. Como resulta obvio de este precepto, el funcionamiento de este sistema es excepcional, y exige siempre que haya detrás un Tratado, o incluso toda una rama del Derecho Internacional, con unas reglas y principios propios que resuelvan los problemas interpretativos y las lagunas. Comprensiblemente, esto no es habitual en las normas privadas supranacionales. Y tampoco pensamos ni siquiera que fuera deseable, pues supone dejar todo control dogmático de la norma en manos de su propio autor, el ciudadano corporativo, que como sabemos carece de ninguna legitimidad democrática para ejercitar su función normativa, y en ocasiones ni siquiera tiene mecanismos internos de autocontrol (que en cualquier caso no serían suficientes para dotarle de tal legitimidad). En otras palabras, el método autónomo tiene la virtud de proteger los efectos de las normas internacionales del control del Derecho del Estado. Ahora bien, si en ciertas normas de Derecho Internacional Público este efecto es deseable, en el Derecho Global no lo es en absoluto.

Este proyecto, por tanto, debemos juzgarlo como difícilmente viable («espejismo» en sus propias palabras) al menos a día de hoy. La realidad del Derecho actual es precisamente la falta de uniformidad, de manera que difícilmente se puede someter a las normas privadas supranacionales al control (dogmático, no digamos ya jurisdiccional) de un método único a nivel global, ni aún intentando aunar varias tradiciones jurídicas, ni siquiera la continental y la anglosajona, cosa que además de pretenciosa por parte del mundo jurídico occidental, sería también muy difícil en la práctica.

Por el contrario, el método que proponemos aquí es esencialmente estatal, porque estatal sigue siendo el nivel territorial en el que la norma va a ser aplicada, y estatales son todos los vínculos jurídicos de la persona y la protección inmediata de sus derechos. Es en sede estatal donde la norma privada supranacional debe aplicarse, y por tanto es en sede estatal donde debe controlarse el sometimiento a sus principios constitucionales y los fundamentos de

³⁸⁴ «Artículo 7

1) *En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.*

2) *Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado»*

ordenamiento jurídico. La eficacia territorial que va a darse a la norma privada supranacional legitima su control estatal, que sólo puede admitir que la norma sea aplicada de una manera, y ésta es integrándola en el Derecho del Estado como una norma interna *ad casum*. No cabe en absoluto el «aislamiento» de la norma privada supranacional del sistema que rige en el Derecho del Estado, porque el ordenamiento producido por el legislador es el único que tiene legitimidad para ostentar eficacia territorial, y por tanto que sus normas sean aplicadas de forma efectiva³⁸⁵.

He aquí el motivo por el que en el presente trabajo nos separamos deliberadamente de esta propuesta, y al mismo tiempo nos sirve para distinguir las normas internacionales de las supranacionales: mientras que las normas internacionales pueden constituir un sistema autónomo con sus propios mecanismos aplicativos, las normas supranacionales sólo pueden sistematizarse mediante su integración en el Derecho interno, y por tanto deben ser interpretadas con los métodos de éste. Que tal cosa implica un efecto mosaico en la aplicación de las normas supranacionales es evidente. La misma norma supranacional será aplicada de forma diferente en diferentes Estados. Pero esto se justifica precisamente en que las normas supranacionales sólo pueden tener plena eficacia, incluyendo la eficacia territorial, mediante su integración en el sistema jurídico estatal. Mientras la norma privada supranacional esté fuera del sistema, no podrá ser aplicada intraterritorialmente, y a la inversa, cuando la norma privada supranacional haya sido integrada en el sistema, podrá aplicarse en condiciones de igualdad con las normas internas.

1. Ejemplo. Pecios históricos

Un interesante ejemplo de cómo el Derecho Global puede coadyuvar a matizar las tensiones propias del Derecho Internacional Público lo encontramos en el Derecho del Mar, y en particular en el espinoso ámbito de la protección del patrimonio histórico submarino, es decir, a los pecios históricos hundidos en aguas territoriales ajenas al Estado de pabellón. Como es bien sabido, este es un asunto de enorme complejidad en el Derecho Internacional del

³⁸⁵ Y esta exclusividad de la legitimidad territorial del Estado se fundamenta precisamente, so el Estado democrático, en que tal poder democrático sólo puede expresarse por un pueblo y sobre un territorio, y no globalmente. En este sentido, vid. la construcción clásica de TOMUSCHAT, C. (1977) ya citada más arriba, y de alguna forma intuida de nuevo en ejemplos recientes como VON BOGDANDY, A. (2011:437); en el sustrato de la construcción que vincula necesariamente pueblo-democracia-sistema jurídico, al menos en parte de los autores, subyace indudablemente LUHMANN (1998), aunque en algunos casos se ha pretendido ver también alguna clase de etnificación del debate, sobre todo vía SCHMITT (vid., en sentido crítico, FERRAJOLI, 2018:54).

Mar³⁸⁶, amén de enormemente polémico ante la opinión pública. No es el momento de entrar en esta polémica. Baste con decir que una parte importante del problema se relaciona con la propiedad de los pecios de Estado: la cuestión estriba en dilucidar si el Estado de pabellón, en los casos en los que hubiera sido propietario de la nave, mantiene tal propiedad sobre el pecio una vez hundido y pasados largos periodos de tiempo desde tal suceso, y en todo caso, cómo se desvincula de tal propiedad. Esta cuestión no tiene una respuesta clara en el Derecho Internacional del Mar. En el caso de ser afirmativa la respuesta, en el caso de España, nos encontraríamos ante una extracción, regulada por la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se regulan los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos. Con carácter general, establece el artículo 23 de esta norma que *«la extracción de cosas hundidas en aguas jurisdiccionales españolas, requerirá el permiso de la Autoridad de Marina, quien fijará el plazo para realizarlas y las normas a que debe ajustarse»*.

Sin embargo, esta norma por sí sola no nos aporta toda la información que necesitamos. Cabe preguntarse qué sucederá cuando la extracción del pecio dependa de la intervención de un tercero, que con seguridad será una empresa especializada. Pues bien, aquí interviene el Derecho Global. Existe un ciudadano corporativo en este ámbito, BIMCO, la mayor asociación de empresas y otros actores del sector marítimo³⁸⁷. Este ciudadano corporativo nos provee de modelos contractuales de extracción, completando *de facto* la normativa y ejercitando una función normativa él mismo. Como explica el autor del artículo antes citado, existirían tres tipos de contrato según la forma de pago del precio: el WRECKSTAGE, en el se pacta una cantidad alzada pagadera a plazos sin posibilidad de que estos se devuelvan en el caso de que la remoción no concluya con éxito; el WRECKHIRE, en el que se fija un precio por día pagadero a todo evento; y el modelo WRECKFIXED, en el que se establece un precio alzado cuyo devengo depende del fin del resultado. Tenemos de nuevo, por tanto, una simbiosis no conflictiva entre Derecho estatal, internacional y global.

³⁸⁶ Sobre esto vid., con carácter general CENDÓN CASTRO, J.L. (2008): «Régimen del derecho marítimo sobre los pecios con valor arqueológico e histórico», *Blog [derechomaritimo.info](https://www.derechomaritimo.info)*, 2 de enero, disponible en <https://www.derechomaritimo.info/derecho-maritimo/regimen-del-derecho-maritimo-sobre-los-pecios-con-valor-arqueologico-e-historico/#.XKNTpacrwlg> [Consultado el 01/12/2019].

³⁸⁷ <https://www.bimco.org/about-us-and-our-members>.

III. La sistematización mediante la teoría de la recepción y su alegación en el proceso

Tenemos ya entre manos la norma jurídica aplicable, una norma privada supranacional en concreto. Entonces debemos fundamentar, en primer lugar, la aplicabilidad de la norma privada supranacional. Recordemos que son tres niveles de aplicabilidad los que debe satisfacer: el subjetivo, el objetivo y el funcional. Superando estos tres niveles, la norma supranacional pasará de existir en un plano supranacional aporístico a ser eficaz en un nivel estatal ordinamental y sistemático. Pero es necesario volver sobre nuestros pasos un momento para entender por qué una norma privada supranacional en concreto aplicable no es sólo relevante de hecho, sino también jurídicamente.

Frente a las normas supranacionales, dos son las reacciones metodológicas habituales. Ambas podemos encontrarlas sin dificultad en la doctrina española, por tomarla de ejemplo. La primera defiende que su fuerza es de tipo político, de manera que influyen en la legislación interna, que recoge sus planteamientos e incluso puede llegar a incorporarlas, pueden ser el *origen* del Derecho interno, pero en todo caso es éste el aplicable a cada relación jurídica concreta, de tal forma que la norma supranacional no tendría eficacia en el caso concreto³⁸⁸. Este planteamiento de corte estatalista, sin embargo, no termina de recoger el aspecto más retador del fenómeno para el Estado-nación: la obediencia espontánea de los particulares a la norma supranacional.

1. Las normas privadas supranacionales como cláusulas contractuales

La posición contraria reduce las normas supranacionales y sus efectos a un consentimiento contractual o, a lo más, convencional³⁸⁹. De esta manera, la norma privada supranacional no

³⁸⁸ Vid. por ejemplo MIR PUIGPELAT (2004:59).

³⁸⁹ En este sentido, vid. ESTEVE PARDO (2015a:69). El autor, siguiendo una distinción que ya estableció en ESTEVE (2003:40 y ss.) distingue tres tipos de autorregulación: la normativa (que sería propiamente la que estudiamos en el presente trabajo), la declarativa (mecanismos privados de acreditación y certificación) y la resolutive (finalización convencional de procedimientos o expedientes, caso muy significado de los laudos arbitrales). Sin negar la utilidad analítica de esta distinción, no parece que las diferencias entre estas tres categorías sean enormes. Por un lado, para nosotros los mecanismos de certificación no dejan de ser entramados normativos. Por otro, la tercera categoría constituiría lo que nosotros denominamos función de control supranacional, que aunque no propiamente normativa -y por ello no estudiada específicamente en el presente trabajo- sí que se fundamenta en normas supranacionales creadas por ciudadanos corporativos (v.gr. los *model laws* de UNCITRAL) y se traduce en decisiones con un contenido normativo evidente, los *Laudos*. Sobre la autorregulación en general vid. RAUSTIALA, K. (2002); ESTEVE (2002) y DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2005). En todo caso, como veremos inmediatamente para nosotros no hay diferencia conceptual entre los significantes «normas privadas supranacionales», *soft law* supranacional y autorregulación regulada, sino identidad.

sería más que una cláusula o conjunto de cláusulas contractuales con eficacia de Derecho privado *inter partes*, al menos a priori. El problema de tal planteamiento (caro al iusprivatismo, pero también a aproximaciones de Derecho público que intentan restringir el alcance de estas normas) es doble. Por un lado, tiene un elemento que puede resultar adverso: la contractualización privatiza y simplifica el régimen jurídico de las normas supranacionales hasta el punto de reducir al mínimo las garantías y responsabilidades de la entidad creadora de la norma respecto de aquellos que la aplican, negándoles un régimen jurídico-público de responsabilidad. Por el contrario, nosotros creemos que es claro que, aunque el *nomen iuris* de la función sea contractual, es necesario reconocer su carácter normativo y jurídico-público y por tanto exigirle garantías propias de tal orden jurídico. Este razonamiento es perfectamente válido para fenómenos como las normas de asociaciones financieras, que *a priori* sólo aplican a sus socios, y que se revisten de un carácter contractual, sin dejar de tener también una función normativa³⁹⁰.

A propósito de la hibridación precisamente, resulta necesario distinguir las normas privadas supranacionales de diferentes fórmulas de contratación, y particularmente de un fenómeno nítidamente de Derecho privado, los contratos de adhesión³⁹¹. La contratación por condiciones generales, o cláusulas no negociadas individualmente no pueden confundirse con normas supranacionales por tres motivos. El primero de ellos, de carácter subjetivo, es la naturaleza del autor de la norma. Las condiciones generales de la contratación son elaboradas por una de las partes contratantes que, en lugar de negociarlas individualmente con la contraparte más débil -o mejor dicho, en ausencia de una alternativa real a disposición del contratante débil para contratar³⁹²- las imponen, siéndoles imputables exclusivamente a la parte fuerte. En las normas privadas supranacionales, sin embargo, el autor es un ciudadano corporativo, es decir, un sujeto que, a menudo incluso como parte de su actividad habitual o exclusiva (como es el caso de las organizaciones de normalización, como ISO

³⁹⁰ Es el caso, por ejemplo, de la *Swaps and Derivatives Association* (ISDA) y sus *Master Agreements*.

³⁹¹ En esta materia, la bibliografía es copiosa. Indispensable desde luego es la cita de ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991): *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas, y también MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs.) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coords.) (2002): *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Civitas, y BALLESTEROS GARRIDO, J.A. (1999): *Las condiciones generales de los contratos y principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona: Bosch; a los que puede añadirse alguna obra clásica de la doctrina fundamentalmente alemana: vid. PFLUG, H.J. (1986): *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Munich: Beck, para la teoría normativista.

³⁹² Vid. la opinión de ALFARO ÁGUILA-REAL en MENÉNDEZ, DíEZ-PICAZO y ALFARO (2002:83).

internacionalmente y AENOR en España), realiza una actividad concreta que consiste en la regulación sistemática de un ámbito jurídico objetivo.

Aquí encontramos el segundo elemento, el carácter objetivo. Efectivamente, estas condiciones generales de la contratación, sin embargo, no están dirigidas a regular sistemáticamente el conjunto de una materia objetiva, sino exclusivamente las condiciones del contrato en concreto, al contrario que las normas supranacionales, que sí que están destinadas a la regulación de todo un ámbito objetivo-material.

Por último, las condiciones generales de la contratación sólo tienen efectos *inter partes*, por más que en algunos sistemas jurídicos, como el español, se contemple su «registro» (en todo caso, mero depósito administrativo)³⁹³ ni aunque se contemple la aplicación de una sentencia judicial que declara la abusividad de una cláusula a una cláusula idéntica impuesta por el mismo contratante fuerte³⁹⁴. Las normas privadas supranacionales, naturalmente, en la medida en que se dictan en ejercicio de una función normativa *de facto*, sí que tienen valor de norma jurídica, y no mera fuerza contractual, aún en el caso de que hayan sido recibidas subjetivamente por el sujeto obligado mediante un contrato.

Ahora bien, somos conscientes también de las similitudes entre ambas instituciones, sobre todo si se examinan las condiciones generales de la contratación desde la teoría normativa, que asimila estas cláusulas contractuales a normas incluso administrativas³⁹⁵. En definitiva, consideramos que la naturaleza concreta o casuística de las condiciones generales de la contratación las diferencia con claridad de la naturaleza general de las normas privadas supranacionales, en las que el consentimiento contractual ocuparía el papel de un reconocimiento de la eficacia de la norma al sujeto contratante. La remisión a las normas privadas supranacionales puede hacerse mediante contrato -y de hecho será habitual que sea así- pero esto no las convierte en normas contractuales, sino que bien pueden asimilarse a la remisión al Derecho extranjero.

³⁹³ Art. 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Sobre esto vid. MENÉNDEZ, DÍEZ-PICAZO y ALFARO (2002:56 y 93).

³⁹⁴ Nos referimos al derogado artículo 20.4 de la citada Ley 7/1998, que como es obvio poco aportaba a los efectos de la propia jurisprudencia y sobre todo de la cosa juzgada. Para una certera crítica de este precepto, vid. MENÉNDEZ en MENÉNDEZ, DÍEZ-PICAZO y ALFARO (2002:58).

³⁹⁵ Si bien esta doctrina es hoy ya minoritaria, y en el caso del Derecho español, siguió la vía de asimilar las condiciones generales de la contratación más bien a los usos del negocio, tesis también agotada. Sobre esto vid. MENÉNDEZ, DÍEZ-PICAZO y ALFARO (2002:80).

Por otra parte, y ya en un plano formal, creemos que el carácter contractual en las normas privadas supranacionales puede predicarse sólo del tipo de consentimiento que expresa la recepción de la norma por parte del sujeto privado que la sigue. Así por ejemplo, una norma ISO puede seguirse en virtud de una cláusula contractual, como también en virtud de una voluntad unilateral no contractual, tácita o expresa, etc. Esta confusión puede ponerse en relación con ciertos aspectos del tradicional rechazo en la doctrina alemana al reconocimiento de la categoría del contrato administrativo. Nos encontramos, efectivamente, ante un argumento equiparable: en una relación jurídica en la que un sujeto (el ciudadano corporativo) ejercita un poder de relevancia jurídico-pública, un sujeto particular, un ciudadano-administrado, otorga el consentimiento a la aplicación de la norma creada por el primero en ejercicio de tal poder, y se pretende el carácter meramente contractual de este consentimiento.

Sin entrar en detalles sobre la compleja cuestión del reconocimiento del contrato administrativo en el Derecho alemán, una línea tradicional afirmó la naturaleza de Derecho Civil de tales contratos, negando por tanto su indudable *vis* jurídico-pública. Por contra, MAYER enfatizó la posición de las potestades de la Administración y llegó a la conclusión contraria: aquí no habría contrato alguno, sino que el *consentimiento del interesado* meramente sirve para vincularle a un acto unilateral de la Administración, para el cual ésta no tenía una habilitación legislativa específica. El esquema, por tanto, sería el siguiente: al afectar el acto administrativo a la libertad del ciudadano-administrado, éste necesitará habilitación legislativa. Pero tal habilitación legislativa no es necesaria si el ciudadano-administrado, individualmente, da su consentimiento al acto³⁹⁶. Este modelo, que manifiestamente era insuficiente para explicar las relaciones contractuales de la Administración, nos aporta sin

³⁹⁶ MAYER, O. (1895:98): «*Umgekehrt kann auch ein belastender Verwaltungsakt ergehen ohne gesetzliche Grundlage auf Grund der Einwilligung des Betroffenen. Der Vorbehalt des Gesetzes, wie er namentlich in den sogenannten Freiheitsrechten formuliert wird, ist zu Gunsten des Einzelnen gemeint und wirkt für ihn; eine Verletzung dieses Vorbehaltes zu seinem Nachteil ist ein Unrecht gegen ihn. Die Freiheit selbst wäre aber verleugnet, wenn dieser Schutz unbedingt gemeint wäre; eine Verfügungsfähigkeit des Geschützten muß bestehen bleiben, die denn auch in gewissen Grenzen anerkannt ist behufs Übernahme von persönlichen Pflichten, Zahlungsverbindlichkeiten und dgl. Insofern haben die verfassungsmäßigen Vorbehalte, welche die Belastung ohne Gesetz ausschließen, die stillschweigende Klausel: es sei denn, daß der Betroffene zulässiger Weise seine Einwilligung erklärt. So entstehen die Verwaltungsakte auf Unterwerfung. Die Unterwerfung ersetzt lediglich die Ermächtigung des Gesetzes und räumt damit die Rechtsschranke weg, welche der verfassungsmäßige Vorbehalt sonst entgegen gestellt hätte. Der Verwaltungsakt wird frei und wirkt nun wieder bindend durch sich selbst*». Este pasaje es analizado en notable profundidad (y bajo traducción) por HUERGO LORA, A. (1998): *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid: Civitas, p. 127 y ss. Es importante, en todo caso, subrayar como, para MAYER, no puede darse naturaleza contractual a todo aquello que requiere el consentimiento del interesado, pues en ese caso incluso una licencia o una autorización de policía serían ambas de naturaleza contractual, lo que obviamente no es aceptable. Con esta naturalidad, por tanto, negamos que sea aceptable caracterizar contractualmente el consentimiento dado a la aplicación de las normas privadas supranacionales, por más que dicho consentimiento pueda presentarse en el seno de una relación contractual.

embargo la respuesta que necesitamos en el Derecho Global. Por un lado, es manifiesto que la mera contractualización de las normas privadas supranacionales restringe su dimensión jurídico-pública; por otro, es claro también que éstas sólo pueden tener efecto sobre la esfera jurídica del individuo mediante su recepción específica e individualizada por parte de éste. Mediante la recepción, por tanto, se colma un elemento esencial de la legitimidad democrática que a las normas privadas supranacionales, *a priori*, les falta: la concurrencia de la voluntad del individuo. Éste no habrá elegido la aplicación de tales normas por medio de un órgano que representa su voluntad democrática, pero sí que lo habrá hecho mediante un mecanismo individual de recepción que, como explicaba el maestro alemán, es suficiente para vincular al ciudadano-administrado y aceptar la restricción de su esfera legítima de libertad. Esta sería, en el vocabulario que nosotros empleamos aquí, la identidad entre voluntad y sujeción, que también hemos puesto en conexión con las clásicas relaciones de sujeción especial. Esto sea dicho con dos salvedades. En primer lugar, debe advertirse que la fuerza que debe reconocerse al ciudadano corporativo y a sus normas privadas internacionales nunca deberá ser tanta como la que el citado autor atribuía a la Administración y sus actos. Y en segundo lugar, que el ciudadano corporativo debe poder renunciar en cualquier momento a la aplicación de la norma privada supranacional a sí mismo, siempre por supuesto a expensas de lo que dispongan los vínculos contractuales o de otro tipo que le vinculen con tal norma.

2. Ejemplo. Incumplimiento contractual

Un ejemplo típico de reconocimiento y aplicación de normas privadas supranacionales en procedimientos ante órganos judiciales que conocen de asuntos de Derecho privado serán aquellos en los que tal incumplimiento fundamente un incumplimiento contractual. Este extremo ha sido discutido en la sentencia *Triumph Controls UK Ltd v Primus International Holding Co.*, de la Queen's Bench Division (Technology & Construction Court) de Inglaterra, de 11 de marzo de 2019³⁹⁷. En el supuesto, los demandantes eran sociedades filiales de una sociedad fabricante y proveedora de servicios en el sector de la industria aeroespacial y defensa. Los demandados eran a su vez sociedades filiales de una multinacional fabricante de piezas metálicas de alta complejidad, dentro del mismo sector. En marzo de 2013, ambas llegan a un acuerdo mediante el cual los demandantes adquieren mediante compraventa el capital social de tres de las sociedades demandadas, una de ellas constituida y con actividad en el Reino

³⁹⁷ Magistrado: O'Farrell J. [2019] EWHC 565 (TCC); [2019] 3 WLUK 159.

Unido y otras dos en Thailandia. El contrato (*share purchase agreement*, SPA por sus siglas en inglés) contenía una serie de garantías que, a juicio de las demandantes, habrían sido incumplidas. Entre ellas, y en lo que ahora importa, la sociedad constituida en el Reino Unido tenía como objeto social la fabricación de materiales compuestos para la industria aeroespacial en virtud de una acreditación privada de la *National Aerospace and Defence Contractors Accreditation Program* (Nadcap). Nadcap es un modelo privado de servicios de certificación, evaluación y normación técnica en este sector, por citar sólo las más importantes de sus funciones de relevancia jurídico pública³⁹⁸. Es dependiente de un proveedor de servicios, que sería propiamente el ciudadano corporativo, el *Performance Review Institute*³⁹⁹, a su vez fundado por *SAE International*, su «ciudadano corporativo madre» por así decirlo, especializado en la normación técnica en el sector de los transportes en general⁴⁰⁰.

Pues bien, tras la celebración del negocio jurídico, las demandantes observan importantes y graves vicios ocultos, incluyendo caídas en los beneficios y otra información financiera desfavorable. Más importante aún, en diciembre de 2013 Nadcap lleva a cabo una auditoria de la sociedad constituida en el Reino Unido, a consecuencia de la cual ésta pierde su acreditación. Las garantías específicas incluidas en el acuerdo contemplaban el derecho a daños y perjuicios de las demandantes por estos incumplimientos. La cuestión que se planteó en este caso fue estrictamente contractual: si la retirada de la acreditación posterior a la compraventa, aunque fuera en un periodo muy breve, daba lugar a la aplicación de la cláusula resarcitoria. En este caso, el Juez entendió que no, y rechazó dar la razón a los demandantes por este argumento (sí que lo hizo por otros incumplimientos). En lo que es relevante para nosotros, sin embargo, no debe reducirse el problema a una cuestión

³⁹⁸ Según sus propios datos, «Nadcap es un modelo de evaluación del cumplimiento normativo administrado por el sector, que reúne a especialistas técnicos tanto del sector público como privado para establecer requisitos, acreditar a proveedores y definir requisitos operativos de programa. Todo ello redundará en un modelo estandarizado de control de calidad, así como en una reducción de las auditorías innecesarias en todo el sector aeroespacial gracias a que contratistas principales, proveedores y representantes gubernamentales han aunado fuerzas para desarrollar un programa que reúne las siguientes características:

- Establece estrictas normas de consenso en el sector que satisfacen los requisitos de todos los participantes
- Sustituye la adición rutinaria de proveedores por un proceso aprobado mediante toma de decisiones por consenso en el que participan miembros de la comunidad de usuarios
- Lleva a cabo auditorías de procesos especiales más exhaustivas y de mayor calidad técnica
- Mejora la calidad de los proveedores en todo el sector mediante estrictos requisitos
- Reduce los costes gracias a la mejora de la estandarización
- Utiliza auditores con especialización técnica a fin de garantizar su conocimiento de los procesos
- Establece auditorías más frecuentes para contratistas principales y menos regulares para proveedores» (<https://es.p-r-i.org/nadcap/about-nadcap/>).

³⁹⁹ Vid. <https://es.p-r-i.org/about-pri/about-pri/>.

⁴⁰⁰ Vid. <https://www.sae.org>.

contractual. La posesión de una acreditación privada y la responsabilidad contractual que puede generar en un negocio jurídico privado (por ejemplo, en una compraventa, en una fusión de sociedades, o en cualquier otro caso) es un supuesto típico. Pero debe atenderse al paralelismo evidente entre la acreditación privada y la concesión de una licencia o autorización administrativa: el ejercicio de una función de relevancia jurídico-pública en ambos casos es evidente, aunque en el primero la publicidad de esa función sea una cuestión fáctica y no venga determinada por un principio de legalidad estatalmente reconocida. Su inclusión en una cláusula contractual, como venimos sosteniendo, no lo convierte en absoluto en contractual: la normación y la acreditación son funciones de relevancia jurídico-pública ejercidas por sujetos privados, que posteriormente son tratadas como supuestos fácticos que activan determinadas cláusulas contractuales.

3. El llamado Derecho blando o «*soft law*»

No podemos abandonar el análisis dogmático de las alternativas previas a la teoría de la recepción sin abordar antes un problema principal del Derecho moderno, que afecta de lleno a nuestro tema de estudio: el llamado Derecho blando o «*soft law*». En realidad, la inmensa mayoría de las normas privadas supranacionales responden al esquema de Derecho no vinculante *a priori*, con nombres de lo más diverso, como directrices, recomendaciones u otros. Este fenómeno se da incluso en ordenamientos supranacionales que están, teóricamente, contruidos sobre el modelo de fuentes del Derecho de la dogmática estatal, como es el propio Derecho de la Unión europea. Ahora bien, el análisis que exponemos a continuación es aplicable a las normas supranacionales de Derecho blando, en general, pero no necesariamente al *soft law* administrativo y de Derecho Europeo, que si bien recurren a este instrumento, sí que gozan de un sistema de fuentes lo suficientemente sólido como para

responder por sí sólo a la pregunta de dónde situar el Derecho blando dentro del sistema⁴⁰¹. Pero en términos generales, nosotros consideramos que el Derecho blando es en realidad un Derecho válido que requiere ser recibido para ser eficaz, de manera que una vez formulada la recepción, es perfectamente aplicable, y del que se puede derivar responsabilidad del autor de la norma. Veamos.

Decimos que merece mención especial el polémico fenómeno del llamado *soft law*. El *soft law* es el paraguas bajo el que pretenden guarecerse muchas normas privadas supranacionales, calificándose a sí mismas como recomendaciones, directrices o similares. Comprensiblemente, sabemos que en Derecho no hay que fiarse del *nomen iuris*, menos aún si lo pone el interesado. Entonces, cabe la duda de qué son estas supuestas normas del *soft law*. Así, existe una crítica según la cual el *soft law* sería un subterfugio para evitar el control de las normas y las decisiones que se amparan en él⁴⁰².

Entre nosotros, se ha propuesto que dogmáticamente el *soft law* puede explicarse siguiendo la distinción alexiana: el contenido de las normas de Derecho blando es el mismo que el de las normas de *hard law*, es decir, principios y reglas. La diferencia será que el *soft law*, aunque sea

⁴⁰¹ Es a esta pregunta a la que responde SARMIENTO (2008). No corresponde entrar aquí en esta solución. Baste con aclarar que, para el autor, el *soft law* administrativo tiene fuerza normativa suficiente como para vincular a la Administración en determinadas circunstancias (dependiendo también si los efectos de la norma se proyectan *ad intra* -como por ejemplo, en una Circular- o *ad extra* -como en un Libro Blanco u otro Informe de expertos sobre un sector especial-). Sin embargo, no es tan clara su fuerza vinculante hacia el Juez en el control de la actividad administrativa, donde puede contribuir, por ejemplo, a determinar la existencia de determinada responsabilidad -patrimonial, disciplinaria, etc.- o sumado a otras normas o factores tal vez determinar la nulidad de un acto. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016:113-20) se ha adherido a esta tesis y sostiene, en primer lugar, que el *soft law* no constituye una categoría jurídica unívoca (ciertamente, y en este sentido nosotros optamos por una distinción tajante entre *soft law* administrativo o comunitario y *soft law* supranacional -normas supranacionales-) y en segundo lugar, que en su vertiente administrativa debe estudiarse no en la teoría de fuentes sino en la discrecionalidad administrativa, y puede tener una función básicamente procedimental y no necesariamente material. De esta manera, las normas blandas o débiles integrarían directamente la norma de conducta pero indirectamente la norma de control, de tal forma que su carácter «no vinculante» «sólo significa» (sic) que no son por sí solas invocables por el órgano judicial para declarar la invalidez de una actuación administrativa. La cuestión, cuando las normas débiles son supranacionales, se torna más complicada de juridificar desde estos análisis administrativos, y no encajan las fórmulas de incorporación propuestas por SARMIENTO (2008:142 y ss.). A nuestro modo de ver, estas propuestas son útiles para el *soft law* administrativo, pero no son convincentes para el supranacional. En todo caso, parece obvio que el *soft law* y las normas privadas supranacionales son sin ningún género de dudas un problema de fuentes del Derecho, al margen de que su estudio sea igualmente útil en otros ámbitos, como el de la discrecionalidad administrativa. Para nosotros, como ya hemos explicado, el carácter no vinculante de estas normas se refiere a su carácter recepticio, pero una vez recibidas e integradas por el Juez en el sistema jurídico interno mediante el procedimiento de legitimación ya serán plenamente aplicables, eso sí, al caso concreto para el que se han legitimado.

⁴⁰² Sobre esto vid. SLAUGHTER (2004:168-178) y LA TORRE, M. (2016). Si bien no compartimos en absoluto el tono crítico de este trabajo frente al nuevo Derecho de la sociedad global, no se puede dejar de desenmascarar las conductas que deliberadamente aspiran a sustraer a la normación internacional de todo control, aprovechando su carácter asistemático. Como bibliografía general, vid. también ALKAN OLSSON, I. (2013): «Four Competing Approaches to International Soft Law», *Scandinavian Studies in Law*, n. 58, pp. 178-196; y DI ROBILANT, A. (2013): «Genealogies of Soft Law», *Scandinavian Studies in Law*, n. 58, pp. 218-268.

materialmente igual al *hard law*, es ontológicamente distinto por cuanto contiene un mandato de optimización construido en virtud del principio de subsidiariedad -imponiendo un mandato de mínimos, y asumiendo que los sujetos que han de aplicar la norma están en *mejor posición reguladora*, y consecuentemente se les deja un margen de decisión-, en tanto que este segundo contiene un mandato taxativo. Los efectos del *soft law*, según comprenda una regla o un principio, serán diferentes, comprendiendo desde la interpretación conforme del *hard law* hasta la atribución de responsabilidad a los poderes públicos. En todo caso, una regla de *soft law* se caracteriza por ser, en principio, una creación de los poderes públicos, sin estar sometida a un procedimiento reglado⁴⁰³.

Por nuestra parte, tenemos una concepción distinta⁴⁰⁴. En realidad, entendemos que no hay diferencia conceptual entre el *soft law* supranacional y las normas privadas supranacionales. Lo que podemos decir de momento es esto. En lo que respecta al *soft law* en el ámbito supranacional (dejamos de lado aquí el problema de los posibles efectos del *soft law* a nivel intrasistémico) el problema es bien sencillo: la norma o es obligatoria o no es norma en absoluto. En el primer caso la aplicaremos por el mismo procedimiento que las demás normas privadas supranacionales vinculantes, en el segundo caso no la aplicaremos en absoluto. Expliquemos esto.

En nuestra opinión, el estudio del llamado *soft law*, que nos conduce habitualmente a los juristas a una posición inevitablemente ambigua, no debe partir exclusivamente de la potestad legislativa territorial del Estado, o asumir *a priori* que este es el único ejercicio válido de la

⁴⁰³ En todo caso, es importante enfatizar que nosotros identificamos el *soft law* supranacional con las normas privadas supranacionales, sin que veamos diferencia entre ambos conceptos, pero no encontramos tal identidad con el *soft law* de Derecho administrativo, internacional o europeo, que se rige por sus propias reglas y cuya eficacia no es la recepticia y el control de procedimiento de legitimación que proponemos para las normas privadas supranacionales en el presente trabajo, sino la eficacia que el citado autor describe en las obras antedichas.

⁴⁰⁴ Diferente es también la propuesta de MEYER, T. (2008): «Soft Law as delegation», *Fordham International Law Journal*, v. 32, n. 3, pp. 888-942. Para este autor -que emplea como ejemplo para sus tesis las normas supranacionales de regulación bancaria, y en particular las normas del Comité de Basilea-, las normas de *soft law* constituyen normas jurídicas adaptables a un dinamismo político que, en el futuro, puede sugerir que se altere su interpretación o incluso su aplicación misma, de manera que la ventaja de estas normas sería que los Estados que las adoptan en el marco de un acuerdo internacional están políticamente vinculados a incorporarlas a su legislación, pero con suficiente flexibilidad como para apartarse de ellas o de su interpretación inicial según aconsejen las circunstancias políticas: «*soft law acts as a defacto delegation to states with certain comparative advantages to set legal rules. Because states are likely to have ex ante expectations about who the first movers will be, establishing a soft law regime recognizes that the benefits to permitting those states to update legal rules over time outweighs the costs in terms of an opportunistic updating of such rules, as well as opportunistic violations of the soft regime that could have been deterred by a hard regime*» (2008:912). Esta propuesta, sin embargo, sigue apegada a la idea de las normas supranacionales entendidas como estrictamente internacionales, y el Derecho objetivo en general como un fenómeno exclusivamente estatal (aunque *soft*). Es, en fin, un ejemplo de una alternativa diferente a las ya conocidas, que exponemos para ilustrar la complejidad de la materia.

función normativa. Comprensiblemente, los criterios de validez y eficacia que rigen aquí no pueden aplicarse al *soft law*. La norma de «Derecho blando» no puede identificarse con una norma que ha sido aprobada según el procedimiento y que es obligatoria sobre el territorio como consecuencia de su propia validez formal. En realidad, a menudo sucede al contrario: la norma de «Derecho blando» es tal porque no ha seguido el procedimiento, y se queda en recomendación precisamente porque por algún motivo su autoridad normativa ha querido dictarla evitando el procedimiento, aún a riesgo de dotarla de una eficacia menor. Por tanto, las «recomendaciones» no son distintas del resto de normas privadas supranacionales: se declaren vinculantes o no para los sujetos, requieren del reconocimiento de éstos para serles aplicadas⁴⁰⁵.

Así pues, será necesario un análisis *ad casum* para saber qué normas de *soft law* son vinculantes en cada supuesto. Pero como principio general, *soft law* en el ámbito supranacional sólo significa, en nuestra opinión, una falta de eficacia general de la norma frente a sus destinatarios, que sin embargo sí que pueden asumirla como obligatoria. Esta es una característica común a todas las normas privadas supranacionales, por lo que el concepto de *soft law* no añade nada a las normas privadas supranacionales que no sepamos ya: la relación entre ambos conceptos, en el plano supranacional, es para nosotros de identidad.

4. La teoría de la recepción hartiana

La respuesta normativa más solvente (y casi única) que ha dado la doctrina comparada hay que encontrarla en un trabajo fundamental que suscitó una acalorada pero rica polémica⁴⁰⁶. La hipótesis de partida es la aceptación de la construcción de la teoría normativa hartiana, y en particular de su propuesta de la norma de reconocimiento. Obviamente, este no es lugar

⁴⁰⁵ Lo mismo que decimos de las recomendaciones puede decirse de los llamados «estándares», que no son diferentes en nuestra opinión a las normas jurídicas. En sentido contrario, vid. LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017:162) y en otro sentido ya indicado LAPORTA (2009:62). Con la teoría de la recepción, este problema se resuelve. Si una norma privada supranacional, por ejemplo, la famosa norma ISO 19600:2014 sobre cumplimiento normativo, declara -como es el caso en su artículo 2- carecer de contenido normativo alguno, lo único que está haciendo es reconocer su ineficacia *a priori*, tanto territorial como personal. Le falta eficacia territorial porque ésta sólo está en manos del Estado; y le falta eficacia personal porque aunque sus destinatarios sí que son sujetos concretos, la eficacia personal exige, a nuestro entender, el reconocimiento del sujeto destinatario de la norma. Es decir, que el reconocimiento de los sujetos destinatarios sólo puede salvarse a través de la eficacia territorial, que queda fuera del alcance de las normas supranacionales.

⁴⁰⁶ KINGSBURY, B. (2009): «The Concept of “Law” in Global Administrative Law», *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, pp. 23-57. Para sus críticos y otras concepciones alternativas, vid. SOMEK, A. (2009): «The Concept of “Law” in Global Administrative Law. A Reply to Benedict Kingsbury», *European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, pp. 985-995 y su previo SOMEK, A. (2007): «Kelsen lives», *European Journal of International Law*, v. 18, n. 3, pp. 409-451; KUO, M.S. (2009): «The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury», *European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, pp. 997-1004.

para entrar en profundidad en esta teoría, por lo demás sobradamente conocida. Baste con decir que, con estos fundamentos, se pretende subrayar, por un lado, la realidad positiva de las normas *jurídicas* globales (es decir, que las normas privadas supranacionales son plenamente jurídicas) y, por otro, la verificación (insistimos, pretendida) de un hecho social de reconocimiento del conjunto del Derecho Administrativo Global, asumiendo la existencia de una norma de reconocimiento que, obviamente, no podemos verificar.

KINGSBURY, el autor que ha propuesto esta teoría, ha matizado estas afirmaciones, aunque claramente no lo suficiente como para apartarse de las críticas. En primer lugar, su construcción es muy dependiente de su propia percepción de la teoría hartiana. El autor comienza por descartar las teorías clásicamente estatistas, que denomina «*command theories*» (es decir, la asunción de que la función normativa debe residenciarse exclusivamente en el Estado, hasta el punto de llegar a negarse de plano que exista auténtica función normativa fuera de éstos) como modelos para el Derecho Administrativo Global⁴⁰⁷. Pero, posteriormente, en un juicio evaluativo de la obra de HART el autor afirma con contundencia:

*«In proposing that a social practice consisting of primary norms of behaviour and secondary rules for recognizing, adjudicating on, and changing the primary rules could be a legal system, provided that the key officials involved accepted the same rule of recognition and felt an internal sense of obligation to obey the rules quite separate from the threats or rewards they associated with compliance, H.L.A. Hart made a decisive break from the Hobbesian (and Austinian) dependence of the concept of law on sovereignty, while retaining the positivist focus on sources and recognition as central to the concept of law. Hart's theory of law thus provides a more promising starting point for a modern positivist approach to the concept of law in international law and in GAL»*⁴⁰⁸.

Es difícil estar de acuerdo con esta afirmación en todos sus puntos. Es cierto que el mecanismo de la regla de reconocimiento abre, potencialmente, la teoría hartiana más allá de los límites del Estado (por ejemplo, en el sentido del clásico pluralismo marxista, permitiendo -sólo potencialmente- la categorización como ordenamientos jurídicos de organizaciones no

⁴⁰⁷ «*Command theories, under which law consists in the commands of a single determinate sovereign (a person or institution) backed by efficacious sanctions, are unlikely to produce very fruitful or comprehensive results in addressing global administrative law. Hobbes's command theory, for example, reflects his central interest in the legal and political theory of the state as the most likely protector of civil peace against the risks of horrific civil war*»(KINGSBURY, 2009:27).

⁴⁰⁸ Íd. (2009:28).

reguladas, por citar las más estudiadas, las favelas de Brasil o las mafias. Pero es igual de cierto que el propio HART, en el capítulo 10 de su obra, niega la presencia de la regla de reconocimiento en el Derecho Internacional Público y por tanto su carácter sistemático. Esto lo admite explícitamente el propio KINGSBURY en una nota al pie a la cita del texto anterior y además subraya algunas tendencias que, en el Derecho Internacional Público, intentan reimplantar en este ámbito la idea de la norma de reconocimiento positivista hartiana incluso en contra del criterio de su propio autor. Ahora bien, si HART rechazaba la existencia de una regla de reconocimiento en el Derecho Internacional Público, cuánto más en el Derecho Administrativo Global o en las organizaciones de poder (a menudo, violento y delictivo) no formalizadas. Parece que el aperturismo del positivismo hartiano no llega tan lejos como se pretende, y no deja de estar diseñado con el molde del Derecho estatal.

En segundo lugar, el autor otorga una importancia fundamental al concepto de «*publicness*», que hace clara referencia a la vertiente jurídico-pública presente en el Derecho Administrativo Global, pero que no termina de cerrarse. Para el autor, el elemento jurídico-público del Derecho Administrativo Global existe positivamente, y se vincula a determinados elementos materiales que coinciden con los principios del Derecho público estatal, traduciéndose en la presencia en las entidades globales de principios como la legalidad, la racionalidad, el servicio público, el *rule of law* y algunos derechos humanos⁴⁰⁹. El problema de este argumentario sigue siendo, sin embargo, que estos principios aparecen a nivel global sólo de forma fragmentaria (nosotros ya los analizamos más arriba a cuenta de los principios jurídico-públicos que se verifican en el ciudadano corporativo) y aunque estén presentes plenamente, no implican por sí solos un elemento de «*publicness*» global, sino sencillamente - como venimos sosteniendo nosotros- un reflejo dogmático de las instituciones jurídico-públicas estatales. Por tanto ese carácter jurídico público no es «real» en el sentido de que exista externamente en el fenómeno jurídico global -como, a nuestro entender, pretende este autor- sino meramente la extrapolación de ciertas categorías del Derecho estatal al supranacional.

Por último, merece la pena recordar que el propio KINGSBURY admite que es imposible afirmar que exista una regla de reconocimiento conjunta para todo el Derecho

⁴⁰⁹ «*General principles of public law combine formal qualities with normative commitments in the enterprise of channelling, managing, shaping and constraining political power. These principles provide some content and specificity to abstract requirements of publicness in law. Principles potentially applicable within any system of public law, and in relations between different systems of public law, may include to different degrees some of the following* [los citados más arriba]» (KINGSBURY, 2009:32).

Administrativo Global⁴¹⁰. Sin embargo, esto nos somete al problema de dilucidar con qué criterios podemos distinguir diferentes reglas de reconocimiento, y a su vez si existe una «super regla de reconocimiento», cosa que por supuesto nos devuelve al mismo problema. Es por supuesto mucho más sencillo entender que el reconocimiento no es un hecho social positivo, sino una declaración de voluntad individual, cuyo contenido volitivo implica un juicio que, naturalmente, tiene un contenido moral (el juicio de valor de la norma privada supranacional coincide con el juicio de valor subjetivo del receptor). Igualmente, esta recepción implica también una identidad entre la voluntad del individuo y su sujeción normativa, presupuesto suficiente para la sujeción contractual, pero sólo mínimo y esencial pero no suficiente para la sujeción normativa porque, en este segundo caso, debe concurrir con el reconocimiento objetivo de la norma por parte del Estado: si dicho reconocimiento objetivo se lleva a cabo por un Estado constitucional de Derecho, entonces hablaremos además de una norma privada supranacional legitimada democráticamente (sometida a un procedimiento de legitimación). Esta es, en suma, nuestra teoría, que obviamente no es posible en la construcción del autor norteamericano.

En fin, en la propia doctrina norteamericana KINGSBURY se ha cuestionado también esta teoría, afirmando que traiciona el proyecto político cosmopolita mediante su concepción de la

⁴¹⁰ «Hart was right that the unity of international law calls for a unity of understanding and of justification. To the extent that it goes beyond recognized international law, there is no single legal system of GAL or global governance law with a common rule of recognition. A convincing rule of recognition for a legal system that is not simply the inter-state system has not been formulated, the institutions for ‘adjudication’ are often non-judicial and sometimes absent, and the processes of change are not easily articulated in terms of rules. ‘Global administrative law’ is not an established field of normativity and obligation in the same way as ‘international law’. It has no great charters, no celebrated courts, no textual provisions in national constitutions giving it status in national law, no significant long-appreciated history. It is possible over a long period that such a unity will develop. But at present, any claims within GAL to be law do not rest on a rule of recognition, shared among relevant participants, that identifies and delimits a unified legal system of GAL. There may well exist, however, different rules of recognition within different social-institutional-sectoral groupings in specific practice areas of global administrative law. There certainly exist recognition practices in such areas, so that recognition is important to law, even if a single shared rule of recognition is difficult to distill» (KINGSBURY, 2009:29-30). Aún así, este argumentario no nos parece del todo convincente, por tres razones. La primera es que, de nuevo, exige asumir que el Derecho Internacional Público sí que es subsumible bajo una regla de reconocimiento (cosa que ya hemos dicho que el propio HART rechazó y que para nosotros tampoco es factible a día de hoy) como paso *cronológico* previo a la formación de una regla equivalente en el Derecho Administrativo Global. La segunda es que confiar en el desarrollo «futuro» de tal regla el ámbito global como si fuera un acontecimiento inexorable no resulta científicamente defendible. Esto supondría asumir un determinismo sociológico, que podría expresarse en una hipótesis científica como la siguiente: «cuando una organización social está en desarrollo, sus normas acabarán desarrollando una regla de reconocimiento» y por un silogismo clásico «si el Derecho Administrativo Global es una organización social en desarrollo, sus normas acabarán desarrollando una regla de reconocimiento». En fin, una hipótesis semejante ni parece ser la concepción que HART tenía del Derecho como hecho sociológico ni desde luego está demostrada empíricamente. En tercer lugar, ya hemos dicho en el texto principal que no puede afirmarse, en nuestra opinión, la existencia de reglas de reconocimiento sectoriales, que tampoco pueden verificarse empíricamente - no resulta cuestionable, sin embargo, que el hecho social empírico de seguimiento de una regla exista allí donde sí hay un orden constitucional o al menos estatal organizado. En fin, todo apunta a que la respuesta más solvente para la normatividad del Derecho Administrativo Global sí que es la recepción, pero individualizada.

inter-public legality, que implicaría una velada privatización del espacio jurídico global⁴¹¹. En nuestra opinión, sin embargo, esa privatización no es tal, sino una evolución hacia la hibridación que este último autor califica como *post-public*, y que parece más cercana a concepciones de lo que se ha venido en llamar el «Derecho dúctil»⁴¹². En fin, ninguno de estos modelos termina de resultarnos del todo solvente para justificar la normatividad del Derecho Administrativo Global.

5. La teoría de la recepción subjetiva

Frente a tales planteamientos, nosotros proponemos la teoría de la recepción o el reconocimiento⁴¹³. La justificación de la aplicabilidad subjetiva *ad casum* de las normas privadas supranacionales debemos encontrarla por tanto en la teoría del reconocimiento. La teoría del reconocimiento ha sido desautorizada por la potestad legislativa exclusiva del Estado, pero superado este monopolio y en un contexto de normas exclusivamente privadas,

⁴¹¹ Así por ejemplo, se ha sentenciado que «*In sum, Kingsbury's grounding global administrative law in the idea of inter-public legality boils down to making an end run around democracy, pointing to a post-public legitimacy*», KUO (2009:1003). En fin, esta afirmación parece demasiado categórica, aunque es indudable que el Derecho Administrativo Global otorga un enorme poder a actores privilegiados, poder que es necesario someter a control, tal y como nosotros venimos argumentando.

⁴¹² Tampoco resulta del todo convincente, para justificar la existencia de una norma de tal naturaleza, la concepción del llamado «Derecho dúctil», que se asocia fundamentalmente con las nuevas corrientes de pensamiento constitucionalista, y en particular de aquellas vinculadas a la construcción teórica de un constitucionalismo europeo. Así, el Derecho dúctil parece que consistiría en que «*la coexistencia de valores y principios sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto*» y, en lo que respecta al proyecto europeo, éste consistiría en «*una convivencia "dúctil", construida sobre el pluralismo y las interdependencias y enemiga de cualquier ideal de imposición por la fuerza*» (vid. ZAGREBELSKY, G. (2016): *El Derecho Dúctil*, Madrid: Trotta, pp. 14-15). Este modelo, sin embargo, además de discutible en el nivel estrictamente constitucional, es muy dudosamente extrapolable al nivel supranacional o global, por la sencilla razón de que allí no tenemos propiamente una legitimidad democrática ni un pueblo global (ni aún uno sumamente plural), sino sólo una tecnocracia que puede ser sometida a legitimación mediante el control constitucional interno.

⁴¹³ SLAUGHTER (2004:217), VAN AAKEN (2007:249) y OHLER (2007:270-3) inciden, bien en la idea de *accountability*, bien en la estructura institucional o procedimental que, en su caso, exista como mecanismo de legitimación de las normas supranacionales en ausencia de voluntad democrática legitimadora directa. Es cierto que OHLER (2007:272), mediante su «teoría de la compensación», introduce la voluntad de los sujetos a los que va dirigida la norma, y LEPSIUS (2007:369) juega con la idea de un «*legitimatory choice*», en definitiva, mecanismos privados de los sujetos para elegir las normas que les serán aplicables como mecanismos de legitimación de las normas privadas supranacionales. En este sentido, son más cercanos a nuestra propuesta en una de sus vertientes, la que calificamos como *recepción subjetiva*. Pero ninguno de los dos autores examina esta posibilidad sistemáticamente, ni la sitúan en relación con la hibridación (en el sentido de que los sujetos no están eligiendo meras cláusulas contractuales jurídico-privadas, sino auténticas normas supranacionales, aunque su origen sea privado) y tampoco desarrollan auténticos mecanismos nacionales de control de tales normas.

que obligan a sus destinatarios sólo por voluntad o reconocimiento tácito de éstos, dicha teoría revive en este particular contexto. Expongámosla brevemente⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Hasta donde nosotros sabemos, tal teoría de la recepción individualizada no ha sido textualmente postulada hasta ahora, aunque hay ya una idea clara entre los defensores del pluralismo jurídico global que apunta a que, en situaciones en las que los particulares pertenecen a determinadas organizaciones privadas que crean normas, o incluso aunque sencillamente las sigan *de facto*, tales normas pueden incluso ser tenidas en cuenta por los tribunales de justicia, tal y como nosotros afirmamos. En este sentido vid. BERMAN, P.S. (2005:538-540); se acercan mucho a nuestro concepto de reconocimiento TEUBNER, G. y KORTH, P. (2009), quienes subrayan dos aspectos fundamentales del fenómeno de las normas privadas supranacionales: la inexistencia de una «regla de reconocimiento final» en la que reviertan dichas normas -es decir, la ausencia de una *Constitutio Globalis*- y su conflicto con las normas estatales, mediante un estudio de caso sobre la aplicación de las normas sobre nombres de dominio ICANN a una fusión empresarial, y citan en el mismo sentido a FISCHER-LESCANO, A. y CHRISTENSEN, R. (2005): «*Auctoritatis interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie*», *Der Staat*, n. 44, p. 213. Igualmente se acerca también ZUMBANSEN (2011:330), quien también duda justamente de la naturaleza exclusivamente «privada» de las normas privadas supranacionales en (2013:10), advirtiendo -a cuenta del examen de la *lex mercatoria*- que esta naturaleza privada puede pretender eludir el control de las normas por parte un sistema jurídico público estatal: el autor está en lo cierto y por ello creemos necesario someter las normas privadas supranacionales al control del procedimiento de legitimación, pero al mismo tiempo merece la pena confiar también en el aspecto «privado» de estos sistemas normativos, en el sentido de que generan seguridad en el mercado y los operadores, de manera que su aportación al orden jurídico global debe juzgarse como positiva y al mismo tiempo ser sometida a control. VON BOGDANDY, A. (2008): «Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law», *I•CON*, v. 6, n. 3-4, pp. 397-413, es menos atrevido: aventura una extensión del efecto directo de las normas internacionales, lo que resulta aplicable a ciertas decisiones de la OMC, pero no necesariamente a las normas privadas supranacionales, de manera que no acaba de quedar claro el fundamento de tal «efecto directo», además de que el autor sigue afirmando la vigencia de la pirámide normativa kelseniana, pero al menos esto le sirve para poner énfasis en el control de este «efecto» de las normas supranacionales por los principios constitucionales, muy similar al que nosotros proponemos. Naturalmente, el intento de categorización del reconocimiento de las normas supranacionales más importante hasta hoy es el de KINGSBURY (2009) y su concepto de Derecho hartiano, aunque como veremos su perspectiva social resulta insatisfactoria, por cuanto -insistimos- no existe una regla de reconocimiento de todo el Derecho Global como conjunto, ni el reconocimiento individual de cada norma es posible con carácter general.

LEGAZ Y LACAMBRA expuso los orígenes históricos de la doctrina de la recepción desde el punto de vista de su derrota en el Estado-Nación⁴¹⁵. Estos orígenes hay que encontrarlos en el Decreto de GRACIANO, que consagró la doctrina *leges institui cum promulgantur; firmari, cum moribus suspiciuntur*. Este concepto de que las leyes formales necesitan ser «recibidas» por la costumbre (o al menos, que la *desuetudo* puede derogarlas) fue ya negado por la primera ola de centralización del poder político y jurídico en el siglo XVI, cuyos protagonistas académicos hay que encontrarlos desde luego en la Escuela de Salamanca, y especialmente en su gran filósofo, FRANCISCO SUÁREZ. Para SUÁREZ, reconocer que las leyes formales requieren la aceptación de sus destinatarios significa negar el poder del Príncipe al dictar las leyes. La aceptación, nos dice, no es una condición de la obligatoriedad de la ley (eficacia) sino al revés, es una consecuencia: la ley obliga a su observancia y por tanto a su aceptación. La aceptación de la ley no es una opción del destinatario, sino una consecuencia de la potestad legislativa perfecta del príncipe. Aquí está ya el Estado moderno⁴¹⁶.

Después el debate se repite en el siglo XX. La teoría del reconocimiento de la sociología jurídica no admite la validez de las normas no reconocidas por sus destinatarios. Pero frente a esto debemos volver al argumento de SUÁREZ: el reconocimiento es el efecto de la norma,

⁴¹⁵ LEGAZ (1961:404). *In extenso*, vid. LEGAZ Y LACAMBRA, L. (1953): «La obligatoriedad jurídica», *Anuario de filosofía del derecho*, n. 1, pp. 5-90, especialmente pp. 57-65. En este trabajo explica ya el maestro de la filosofía del Derecho kelseniana en España las líneas maestras de la teoría y su crítica, tanto en el Derecho Común y su posterior teorización renacentista y barroca, como en la moderna dogmática (fundamentalmente, en la alemana) pues se trata de un debate jurídico particularmente fructífero en el Siglo de Oro español. Todo el debate, sin embargo, se ha centrado tradicionalmente en el reconocimiento social de las normas jurídicas, ya individualmente o como sistema-ordenamiento. RÜTHERS habla a este respecto del significado de la aceptación, afirmando que la norma estatal no es eficaz y duradera sin la aceptación del pueblo. Pero lo hace, sin embargo, en el contexto de la norma estatal, y la aceptación con la que relaciona la eficacia es la de la mayoría (RÜTHERS *et al.*, (2013:206). SCHMIDT-ASSMANN, por su parte, habla de un asunto diferente, como es la recepción del Derecho supranacional, con referencia al europeo, por parte del Estado (SCHMIDT-ASSMANN, (2004:6 y 2003:9). Ambos fenómenos, la recepción por los destinatarios de la norma, y por el Estado en el que va a aplicarse territorialmente, son indispensables. Pero es que además en el contexto del Derecho Global no están entrelazados, como sucede en el Derecho interno o en el Europeo, sino separados. Así, una cosa será la aceptación o recepción de la norma por el sujeto individual obligado, y otra muy distinta, su incorporación al Derecho interno, o lo que es lo mismo, la aceptación o recepción de la norma por el Estado en el que pretende aplicarse. Ambos procesos deben darse, y por este orden, pero conviene distinguirlos. También SHAPIRO (1993) y sobre todo KINGSBURY (2009) han especulado sobre un posible reconocimiento social de las normas supranacionales siguiendo el planteamiento de la norma de reconocimiento hartiana. Nuestra propuesta, sin embargo, es un reconocimiento individualizado y *ad casum*, que dote a la norma privada supranacional del nivel subjetivo de eficacia mediante lo que llamamos *identidad entre voluntad y sujeción*, en el que cada norma es recibida individualmente (como sucedía en el planteamiento de GRACIANO o BIERLING en su sentido más estricto) pero el receptor ha de ser también un sujeto individual, y no el conjunto de la sociedad global.

⁴¹⁶ Vid. SUÁREZ (I, XI, 5) donde tras aclarar que el principio de GRACIANO sólo rige, obviamente, para las Leyes humanas y no para las divinas, aclara también para las primeras lo siguiente: «*nam de ratione legis est, ut vim habeat obligandi: si autem pendeat ex acceptione subditorum, iam non tam ipsa obligaret, quam ipsi subditi voluntarie se submitterent legi. Si ergo aliquando requiritur populi acceptatio, vel est propter imperfectam potestatem principis, qui tantum sub hac conditione et dependentia potestatem recipit, vel est ex benignitate legislatoris, qui non vult uti sua absoluta potestate. Unde quando dicitur lex humana firmari moribus utentium, non tam iure, quam facto intelligendum est*». Vid. también (III, XIX, 3, 6, 9).

no su causa, o al menos no se ha demostrado que lo sea. Por eso el jurista y teólogo jesuita afirmaba que no incumplían la ley quienes no seguían su mandato como consecuencia de que muchos otros habían dejado de seguirla pero sí los primeros que la ignoraban, asumiendo así una «desuetudo limitada» con efectos derogatorios, pero que no eximiría de responsabilidad a los primeros incumplidores. Parece que la costumbre en SUÁREZ tendría eficacia derogatoria de la ley, pero que una mayoría de incumplidores pueda derogar la norma (siempre cumpliendo con los requisitos de la costumbre: *corpus*, *animus* y consolidación de ambos en el tiempo) no significa por sí solo que la ley requiera de su aceptación para ser válida. La norma es válida como consecuencia de la plenitud de la potestad legislativa del Príncipe, que cuatro siglos después será en KELSEN la del Estado, ahora Estado de Derecho democráticamente legitimado⁴¹⁷.

La crítica a la teoría del reconocimiento es, por tanto, muy sólida, y el esquema de validez kelseniana (que antes lo fue de SUÁREZ) sigue vigente en el Derecho del Estado. Pero en las normas privadas supranacionales sigue fallando. Hay que preguntarse si tiene sentido hacer equivaler al ciudadano corporativo a un príncipe del renacimiento, a todo un monarca católico de la contrarreforma, cuyas leyes están diseñadas para obligar a todos sus súbditos salvo causa absolutamente mayor (v.gr. la excepción tomista de injusticia de las leyes) superando así los límites del fragmentado poder real medieval, que cedía fácilmente ante la costumbre y que tan bien se reflejaba en los textos del *ius commune*. Comprensiblemente, no. Al contrario, nos interesa negarle al ciudadano corporativo una potestad legislativa equivalente a la del Príncipe (es decir, a la del Estado) y nos interesa que su poder sea fragmentario, meramente funcional y sometido a la recepción o aceptación (términos sinónimos para nosotros) de la norma supranacional.

De aquí que la teoría del reconocimiento, inadecuada y hasta peligrosa para la potestad legislativa del Estado (y con ello, para la propia democracia) resulta salir en nuestra ayuda ante el fenómeno de las normas internacionales. Aquí el peligro no estriba en que la voluntad de los destinatarios socave el poder legislativo del Estado democrático, al contrario: el peligro reside precisamente en que un príncipe apócrifo, el ciudadano corporativo, pueda imponer sus normas a sujetos que, a su vez, están obligados por una ley territorial, e incluso prevalecer sobre ésta. Para que esto pueda suceder, requerimos en primer lugar el reconocimiento de la

⁴¹⁷ Sobre esto vid. VON BIERLING, E. R. (1894) y KELSEN, H. (1911): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck) (citados ambos por LEGAZ: 405).

norma por parte del destinatario⁴¹⁸. De esta manera, los sujetos obligados por una norma privada supranacional deberán reconocerse como destinatarios de ésta para que les pueda ser aplicada. En nuestra opinión no basta, por tanto, con afirmar un supuesto carácter autopoietico de las normas privadas supranacionales, que constituirían un sistema autónomo en construcción que justificaría por sí mismo su eficacia. En este análisis falta, creemos, el vínculo subjetivo -que lo aporta esta teoría de la recepción subjetiva que aquí exponemos- y el vínculo objetivo-territorial -que lo aportará la teoría de la recepción objetiva en sede judicial que explicaremos más abajo, el llamado procedimiento de legitimación-. Pero en lo que ahora importa, debe quedar claro que no creemos que el Derecho Global sea un sistema normativo autopoietico sin más, sino un sistema normativo parcial para cuya eficacia es necesaria la concurrencia de una voluntad individual del sujeto al que va a ser aplicada la norma mediante su recepción⁴¹⁹.

En términos modernos, la teoría de la recepción que proponemos como aplicable a las normas privadas supranacionales sería una opción no lejana de las explicaciones que pretenden que este tipo de normas son genuinamente de *Derecho postmoderno*, en el sentido de que invierte el orden de las categorías jurídicas consolidadas en el Derecho del Estado. Sin embargo, nosotros rechazamos esta denominación por dos razones: su difícil concreción conceptual y su evocación de un rechazo al orden jurídico históricamente anterior, que nosotros negamos. El Derecho Global no es la negación del Derecho del Estado sino que lo

⁴¹⁸ Nótese como, para un autor muy próximo al realismo jurídico y a la filosofía del lenguaje aplicada al Derecho, la fuerza vinculante de las normas no debe asociarse a la voluntad del emisor (el soberano, el ciudadano corporativo, etc.) sino a la voluntad del receptor, introduciendo así un elemento no ya sociológico (social) sino psicológico (individual) que al parecer estaba ya en los planteamientos de BIERLING. Así, afirma PATTARO que «*Un precepto no tiene la condición de tal por aparecer recogido en un texto legal, sino porque suscita impulsos volitivos. Una aserción no es tal aserción porque aparezca en un reportaje, sino porque induce a creer algo (afirmando o negando). Lo contrario supondría soslayar (en ambos casos) la dimensión psicológica*». Vid. PATTARO, E. (1980): *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica*, Madrid: Reus, p. 153.

⁴¹⁹ Es fundamentalmente TEUBNER quien ha propuesto, reiteradamente (1997a, 1997b, 2009) esta idea de la autopoiesis del Derecho Global, que ha sido seguida por otros autores, sobre todo en el estudio de la *lex mercatoria* (vid. MERTENS, H.J. (1997): «Lex Mercatoria: A Self-Applying System Beyond National Law?», en TEUBNER, G. (1997a), pp. 31-43). Se trata de una propuesta más que sugerente, y defendida con asombrosa solidez por su autor, que llega a afirmar: «*There is a paradox underlying the creation of global economic law - the paradox of a self-validating contract. Only on the condition that this paradox of contractual self-reference be successfully 'de-paradoxified' can a global legal system in economic affairs get off the ground*» (1997a:15). Resulta difícil no ver aquí la huella de LUHMANN. Sin embargo, a este modelo le sucede lo mismo que al modelo de reconocimiento hartiano de KINGSBURY: en ningún momento queda claro cómo intervienen los particulares para adoptar tales normas. Esta pregunta, sin embargo, sí que quedaría «descodificada» con la teoría de la recepción individual que nosotros proponemos. En la medida en que cada norma privada supranacional sea una declaración de voluntad normativa de carácter recepticio el sujeto particular podrá elegir aplicársela a sí mismo, resolviendo *en parte* el problema de la falta de legitimidad democrática, pero suficiente para encontrar un fundamento para su aplicación judicial (a través de su aplicación como Derecho extranjero, o bien asumiendo que la norma misma ha sido referida por las partes para su aplicación como norma privada contractualmente, y entonces el Juez nacional la podrá aplicar a través de esta cláusula contractual, pero sometiéndola a control).

incluye, es el paso siguiente de la evolución jurídica contemporánea, no lo destruye sino que lo hereda. Más apropiada, pero también inexacta, parece el recurso a la teoría sociológica del *Derecho reflexivo*, en el sentido de que su eficacia no es necesariamente inmediata o territorial o de que permite un cierto margen de negociación a las partes, emisor y receptor de la norma⁴²⁰.

Frente a las dificultades conceptuales de ambas propuestas, nosotros planteamos la categorización, con carácter general para todas las normas privadas supranacionales (léase igualmente, *soft law* supranacional o autorregulación regulada supranacional, para nosotros sinónimos) de una eficacia subjetiva o personal con fundamento en la teoría de la recepción, de larga tradición en el Derecho europeo, si bien denostada por el Derecho estatal por las razones que ya hemos explicado. No se trata de que unas normas privadas supranacionales puedan tener una forma de eficacia y otras otra diferente, sino que con una teoría común podamos resolver la cuestión general de la eficacia personal de tales normas. A la cuestión de la eficacia territorial u objetiva responderemos más tarde con el procedimiento de legitimación. Pero la teoría de la recepción es la primera pieza, la que justifica que la norma privada supranacional sea aplicable al sujeto, de manera que -careciendo estas normas de toda legitimidad democrática- se cumpla el requisito indispensable de la *identidad entre voluntad y sujeción*: el sujeto particular sólo se rige por las normas que él mismo ha elegido, si no democráticamente, en virtud de una elección individual.

En un orden de cosas estrictamente procesal, para que pueda reconocerse judicialmente la recepción subjetiva de una norma privada supranacional habría, a nuestro entender, dos vías procesales en el Derecho español⁴²¹. La primera, si es el destinatario de la norma el interesado en aplicarla, deberá alegar su existencia y suplicar su aplicación en el curso del procedimiento. Para probar la existencia de la norma, se seguirá -reiteraremos esto- el procedimiento ya existente en Derecho Internacional Privado para la prueba del Derecho

⁴²⁰ Vid. sobre esto MIR PUIGPELAT (2004:75).

⁴²¹ En referencia al *soft law* -en el caso del supranacional, fenómeno identificable con las normas privadas supranacionales, como veremos de inmediato- SARMIENTO (2008:214) ha propuesto una regla cuádruple. Descartando que la norma privada supranacional haya sido publicada en ningún boletín oficial (esto sólo sucede con el *soft law* administrativo, en el que se centra aquel estudio), si la norma privada supranacional estuviera publicada en Internet podría darse por probada sin más, y de no estarlo se remite a las reglas de prueba de la costumbre. Solución por tanto prácticamente idéntica a la nuestra. La regla actual varía levemente entre la costumbre y el Derecho extranjero, pero en todo caso parece esta segunda vía es la que mejor se adapta a las necesidades de la prueba de las normas privadas supranacionales.

extranjero (artículo 281.2 *in fine* LEC 2000⁴²²). El hecho de que el destinatario solicite la aplicación de la norma debe eximirle de prueba de su sujeción a ésta, entendiéndose la solicitud como una declaración de reconocimiento de la obligatoriedad de la norma respecto de dicho sujeto.

La segunda posibilidad es que sea la contraparte la interesada en aplicar la norma cuyo destinatario es su oponente procesal. En ese caso el tercero deberá suplicar la aplicación de la norma en el procedimiento, aportando prueba de su existencia por el mismo procedimiento de prueba del Derecho extranjero (de nuevo artículo 281.2 *in fine* LEC 2000) pero aportando también prueba de su obligatoriedad para la otra parte. En otras palabras, el tercero debe probar que el supuesto destinatario de la norma lo es realmente. Conforme a la teoría del reconocimiento que hemos defendido, esto exige prueba de que el supuesto destinatario ha reconocido la norma como obligatoria para él mismo. Dicho reconocimiento, ya lo hemos dicho, puede ser tanto expreso como tácito, y podrá aportarse prueba de cualquier tipo⁴²³.

IV. Conclusiones de la Parte § II

I. Tópica y sistemática en las normas privadas supranacionales. Por su naturaleza aporística, las normas internacionales están destinadas a ser incoherentes con el sistema de cualquier Estado. Precisamente el procedimiento de legitimación de la norma sirve a este objetivo: el Juez ordinario purga la norma internacional hasta que se comprueba si es aplicable o no dentro del ordenamiento: pero si vamos a considerarla aplicable, será sólo admitiendo su

⁴²² «2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

⁴²³ En el caso singular de la pertenencia del destinatario pretendido al ciudadano corporativo que dictó la norma (por ejemplo, si éste es una organización de empresarios, entre los que se encuentra el destinatario presunto) creemos que la solución debe ser más sutil. Si es el propio destinatario quien alega la aplicación de la norma, naturalmente, ya sabemos que se le dará por reconocido como obligado por ésta. Si es su contraparte, no puede decirse que por su mera pertenencia a una organización que dicta una norma la norma le sea aplicable. Estas organizaciones son muy distintas entre sí, y mientras que algunas pueden tener reglas internas rígidas de sometimiento de sus miembros a sus normas, otras apenas si están constituidas como sociedades formalmente, y el estatus de los miembros varía, o simplemente es ambiguo, y su sujeción a las normas del ciudadano corporativo cuestionable. Incluso en el caso de que las normas internas del ciudadano corporativo establezcan que sus normas obligan a sus miembros, no dejan de ser normas de funcionamiento que no tienen que ser reconocidas por el órgano judicial nacional. Lo que este órgano debe identificar es la existencia de un reconocimiento por parte del destinatario de la norma de que ésta se le aplica, que puede hallarse en las normas internas de la organización que dictó las normas o no, según los casos. Por tanto, si la contraparte alegare que el destinatario pretendido debe ser obligado por una determinada norma privada supranacional, y ésta a su vez emana de una organización internacional a la que el sujeto pertenece, la solución procesal adecuada es el desplazamiento de la carga de la prueba en contra del destinatario presunto. De esta forma, una vez demostrado que el sujeto es miembro de una u otra forma del ciudadano corporativo que dicta la norma, será su carga demostrar que la norma no le resulta aplicable.

integración, y eso implica garantizar que la norma internacional es coherente con el resto del sistema en que se integra.

II. La realidad del Derecho actual es precisamente la falta de uniformidad, de manera que difícilmente se puede someter a las normas privadas supranacionales al control (dogmático, no digamos ya jurisdiccional) de un método único a nivel global, ni aún intentando aunar varias tradiciones jurídicas, ni siquiera la continental y la anglosajona, cosa que además de pretenciosa por parte del mundo jurídico occidental, sería también muy difícil en la práctica.

III. La sistematización mediante la teoría de la recepción y su alegación en el proceso. La justificación de la aplicabilidad subjetiva *ad casum* de las normas privadas supranacionales debemos encontrarla por tanto en la teoría del reconocimiento. La teoría del reconocimiento ha sido desautorizada por la potestad legislativa exclusiva del Estado, pero superado este monopolio y en un contexto de normas exclusivamente privadas, que obligan a sus destinatarios sólo por voluntad o reconocimiento tácito de éstos, dicha teoría revive en este particular contexto. Consiste, fundamentalmente, en reconocer lo que llamamos identidad entre voluntad y sujeción, en la aplicación de normas jurídicas particulares, en el sentido de que el primer requisito de la aplicabilidad de estas normas de origen no estatal es su reconocimiento privado.

PARTE § III. TEORÍA DE LA RECEPCIÓN OBJETIVA

Capítulo § 4. Las relaciones interordinamentales o intersistémicas como modelo para la integración de las normas supranacionales en el ordenamiento jurídico estatal

I. Los modelos intersistémicos de referencia

1. El contexto: confrontando el problema desde un concepto de ordenamiento de la teoría comunicacional

El Derecho positivo pluralista se articula como un juego intersistémico. Quiere esto decir que en el plano normativo, las normas jurídicas se integran en sistemas que configuran ordenamientos completos, de manera que muchos sistemas coexisten en el tiempo, y aún en el espacio, porque pueden llegar aplicarse en el mismo territorio, y aún en sus destinatarios subjetivos, porque pueden llegar a aplicarse a los mismos sujetos. Naturalmente, el producto de esta coexistencia es finalmente un choque figurado entre los sistemas, que se sustancia siempre en un suceso muy particular: un conflicto entre normas. El conflicto normativo se produce cuando dos normas regulan el mismo ámbito objetivo y subjetivo, de manera que pueden ser aplicadas al mismo sujeto en el mismo supuesto. En esto consiste el choque entre los sistemas; no es en absoluto una incompatibilidad a nivel general en la que ambos sistemas pugnen por aplicarse completamente en un mismo territorio o a unos mismos sujetos, en definitiva, que compitan por discernir cuál tiene validez. No es un problema de validez: ambos sistemas son plenamente válidos, como lo son sus normas si han sido aprobadas válidamente dentro del sistema⁴²⁴.

La cuestión se ha planteado desde tiempos lejanos, y los choques entre sistemas han sido muy diversos. En el Derecho privado, que ha sido pionero en estudiar los conflictos intersistémicos a través del Derecho Internacional Privado a cuenta de las relaciones comerciales internacionales, hay ya una larga tradición, primero de reconocimiento del problema, y después de aportación de las soluciones más diversas. Probablemente este fue uno de los problemas que pretendía abordar la creación del *Praetor Peregrinus*, y desde luego el problema del conflicto intersistémico se reprodujo en las grandes Ferias de Comercio en las urbes de la Baja Edad Media, cuando comerciantes foráneos que habían participado en aquellas Ferias

⁴²⁴ Sobre el debate de las relaciones intersistémicas vid. en general ROBLES MORCHÓN, G. (2006): *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, Volumen I, Madrid: Thomson Civitas (2ª Ed.) (existe 6ª ed. de 2015); ROBLES MORCHÓN, G. (2007): *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas, Ensayo de Teoría comunicacional del Derecho*, Madrid: Thomson Civitas y NINO, C. S. (1983:101 y ss.).

demandaban a su contraparte, a menudo también foránea al lugar en el que se celebró el evento comercial (aquí el problema concurría desde luego con otro conflicto procesal por la competencia judicial). Ese es el trasfondo fáctico de la primera dogmatización del Derecho Internacional Privado, que fue elaborada por BÁRTOLO⁴²⁵. La elección entre sistemas concurría con otra opción, el desarrollo de un Derecho (o al menos un conjunto de normas) aplicables al tráfico jurídico internacional; en la Edad Media esto se tradujo en la aparición de la *lex mercatoria*, cuyas sucesoras en el Derecho moderno son bien conocidas⁴²⁶. Desde entonces, la relevancia de los conflictos de normas, que conjugan un gran debate de Teoría del Derecho y Metodología, en el plano normativo, con problemas jurídicos de fondo dependiendo del contenido de esas normas, ha hecho que muchos grandes juristas se interesen por la temática del conflicto, a menudo desde el plano del Derecho Internacional Privado⁴²⁷ (SAVIGNY, DICEY). Últimamente, se han producido intentos en la doctrina española de aproximaciones de conjunto a los conflictos intersistémicos⁴²⁸.

En Italia, SANTI ROMANO elabora su teoría del ordenamiento jurídico, que sigue la misma estela y aporta un importante cariz sociológico. Según él, la esencia del Derecho es la institución, y no la norma. La norma es un mero deber ser; la institución es un ser social, y el ordenamiento jurídico es la suma de instituciones sociales (desde la compraventa hasta el homicidio): «*la institución es un ordenamiento jurídico objetivo*»⁴²⁹. Ahora bien, la institución social debe tener una traducción al lenguaje del jurista, y esa traducción es la norma jurídica. La

⁴²⁵ Vid. MICELI, A.P. (1977): «Forum Iuridicum: Bartolus of Sassoferrato», *Louisiana Law Review*, v. 37, n. 5, pp. 1027-1036 y HATZIMIHAIL, N. (2007): «Bartolus and the Conflict of Laws», *Revue Hellenique de Droit International*, v. 60, pp. 12-79.

⁴²⁶ Sobre la *lex mercatoria* en general, vid. MERTENS, H.J. (1997:32-33), que aborda la cuestión de su naturaleza con el siguiente argumento: «*If lex mercatoria is defined as a body of international legal practice, if a legal system is further defined as a system of norms which renders judicial decisions possible and if the term 'independent' is defined as 'relatively independent from national laws', international legal and economic practice reveals that that lex mercatoria does exist as an independent legal system [...] If lex mercatoria is considered as a legal system which cannot be derived from any national law but applies in accordance with its own rules and enables, or even obliges, the arbitrator to set aside national law, then it may be questioned whether such a legal system independent of national laws exists. Since only the latter definition of the lex mercatoria can be in dispute, it is merely necessary to come to mutual agreement on that definition, thereby enabling focused consideration on the thesis of lex mercatoria in terms of its status as an autonomous legal system independent of national law*» (pp. cit.). Vid. también HERDEGEN (2014:23) y HEIDEMANN (2019:103 y ss.).

⁴²⁷ Vid. entre los más clásicos, SAVIGNY, F.C. (1869): *A Treatise on the Conflict of Laws and the limits of their operation in respect of place and time*, Edinburgo/Londres: T. y T. Clark/Stevens and Sons, y DICEY, A.V. (1896): *A Digest of the Law of England with reference to the conflict of Laws*, Londres: Stevens and Sons/Sweet and Maxwell.

⁴²⁸ Así, por ejemplo, ROBLES MORCHÓN (2007) ha propuesto un enfoque teórico del problema conflictual desde la teoría comunicacional del Derecho, basada en la Filosofía del Lenguaje pero con honda raigambre en la sociología jurídica, que analizamos en las siguientes líneas.

⁴²⁹ Vid., en general, ROMANO, S. (1946): *L'Ordinamento giuridico*, (2ª ed.) Firenze: Sansoni y (1947): *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano: A. Giuffrè.

Teoría comunicacional del Derecho aspira a superar esta dependencia de factores sociales o extrajurídicos, reconduciendo el problema a lo único que, en su opinión, es cierto e innegable en el Derecho: un conjunto de procesos de comunicación, que no constituirían una cosa sociológica en el sentido de DURKHEIM (es decir, que el Derecho no es un hecho social), sino un mero fenómeno comunicacional: el Derecho sería lo que los juristas llaman Derecho, simple y llanamente⁴³⁰. Otro rasgo de esta teoría comunicacional es que distingue entre ordenamiento y sistema: el ordenamiento jurídico sería el conjunto de los textos jurídicos «en bruto», mientras que el sistema sería ese mismo conjunto «elaborado», es decir, interpretado, conceptualizado y ordenado por la dogmática de los juristas, auténticos dueños del lenguaje que conforma el Derecho⁴³¹. La teoría comunicacional del Derecho, como las teorías sociológicas, afirma el Derecho como una fenomenología de sistemas lingüísticos (para aquellas eran sistemas sociológicos), pero en todo caso afirma el pluralismo jurídico: el Derecho, abstractamente considerado, no puede existir, sino que es una pluralidad de fenómenos concretos⁴³²; sólo existiría su realidad lingüística (sociológica en el caso del sociologismo), de manera que se niega que el Derecho pueda ser realización del Derecho natural, como sería propio de una teoría monista. Los conflictos entre ordenamientos serían, por supuesto, conflictos lingüísticos, en los que el problema se centraría en qué quiere decir cada jurista al afirmar su norma.

Antes de continuar, dos aclaraciones. La primera de ellas es que, en este epígrafe introductorio, abordamos un problema que afecta tanto a la presente Parte § III, como a la Parte § IV. En la propia exposición se comprenderá por qué en el trabajo disociamos la aplicabilidad objetiva de la resolución del conflicto normativo, pero en todo caso ambos son problemas intersistémicos: el primero aborda la aplicación de normas supranacionales en su confrontación con el ordenamiento del Estado receptor, y el segundo la resolución del conflicto entre normas concretas. Además, no haremos aquí una referencia específica a las relaciones intersistémicas entre Derecho Internacional y Derecho interno, pero sencillamente porque en lo que respecta al primer problema, a nivel de confrontación entre sistemas, la comprensión internacionalista de las normas privadas supranacionales ya ha sido expuesta, y las aportaciones del Derecho Internacional Público a la resolución de los conflictos entre

⁴³⁰ ROBLES (2007:19 y 25).

⁴³¹ ROBLES (2007:32).

⁴³² ROBLES (2007:36).

normas -donde el reciente Derecho español tiene un interesante modelo que se ha aproximado al europeo- será abordada más abajo

2. Derecho Europeo frente a Derecho interno. Primacía frente a validez

El ejemplo más relevante hoy en día de conflicto intersistémico es sin duda el que se da entre el Derecho Europeo y el estatal, y que ha sido resuelto, como es bien sabido, con la supremacía del Derecho Europeo sobre las normas constitucionales. Célebre fue el conflicto del TJUE con el Tribunal Constitucional Alemán a cuenta de este debate en *Internationale Handelsgesellschaft mbH* de 1970⁴³³, y también en el caso austriaco *Ciola contra Land Vorarlberg*⁴³⁴. En *Simmenthal*⁴³⁵, el TJUE descartó que la supremacía operase de forma diferente ante normas nacionales anteriores o posteriores a la norma europea de conflicto; en otras palabras, declaró la retroactividad de la doctrina de la supremacía, en tanto que obliga a inaplicar cualquier norma vigente que sea contraria al propio Derecho Europeo. El hecho de que el Derecho Europeo pueda desplazar a la misma constitución ha sido el gran motivo de polémica en los ordenamientos internos, hasta el punto de que la mayoría de los Tribunales Constitucionales se han pronunciado sobre el problema⁴³⁶.

La misma sentencia *Simmenthal* afirmó otro principio fundamental de la Supremacía del Derecho Europeo, a saber, que en caso de conflicto, el órgano judicial nacional, que es, en último término, el encargado de aplicar el Derecho Europeo, daría siempre prioridad a éste, o mejor dicho, aplicaría el Derecho comunitario (hoy de la Unión) e inaplicaría el Derecho nacional⁴³⁷. De esta forma, el TJUE admitió la validez del Derecho nacional, al tiempo que

⁴³³ Caso C-11/70.

⁴³⁴ Caso C-224/97.

⁴³⁵ Caso C-106/77.

⁴³⁶ En España, el Tribunal Constitucional avaló el criterio de la primacía del Derecho comunitario en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre. Hay que añadir la certera crítica del Consejo de Estado en su *Informe sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español* de 2008, que recuerda que convendría incorporar los mecanismos de integración del Derecho Europeo en el texto constitucional, especialmente en lo que respecta a los poderes-deberes del Juez nacional de inaplicar la norma interna, incluso la propia Constitución. El Derecho Europeo induce a los poderes públicos a una profunda reestructuración, que sólo es posible abordar mediante una reforma directa de la Constitución en este aspecto. ALONSO GARCÍA, R. (2010): *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Pamplona: Civitas, p. 256.

⁴³⁷ FJ 21: «que del conjunto de lo que antecede se desprende que los Jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria». Esto hasta el punto de que últimamente el TJUE viene obligando también a desplazar el Derecho nacional contrario al Derecho europeo a los órganos administrativos, incluso aunque éstos no puedan presentar cuestión prejudicial, vid. STJUE *An Garda Síochána*, de 4 de diciembre de 2018, C-378/17).

declaraba la obligación del Estado miembro de reparar esta violación del Derecho Europeo derogando la norma. Eso sí, en tanto que la norma era derogada, el órgano judicial nacional podría aplicar la norma que viola el Derecho Europeo, pero sólo en el caso de que circunstancias de seguridad jurídica teniendo en cuenta todos los intereses en conflicto lo exigieran, cosa que no se demostró en el caso en concreto. Semejante conclusión ha sido después confirmada en otros casos, así en *Factortame*⁴³⁸, *Krzysztof*⁴³⁹ o *Winner Wetten*⁴⁴⁰.

Hay que añadir, que es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión que la mera existencia de un supuesto de conflicto, aunque pueda resolverse por el principio de primacía, es una situación indeseable que debe resolverse mediante la adaptación del Derecho nacional. Así lo dice en los asuntos *Comisión v. Francia* (1974) y *Comisión v. Italia* (1986)⁴⁴¹. Ahora bien, esta no deja de ser una solución *de lege ferenda*, necesaria como *ultima ratio* de una teoría jurídica, pero insuficiente como respuesta para el Juez ordinario en caso de conflicto normativo.

La conclusión entonces es clara: el conflicto entre el Derecho nacional y el Derecho Europeo no se resuelve con la nulidad de ninguna de las dos normas, precisamente porque ambos sistemas de fuentes son independientes entre sí. El TJUE ni tiene ni puede tener atribuciones para declarar la nulidad de una norma nacional. El Derecho Europeo, y en particular el TJUE, no podía ni puede cuestionar la validez del Derecho nacional, porque queda absolutamente fuera de sus competencias. Sí, que puede, naturalmente, ordenar al Juez nacional inaplicar el Derecho interno si este se opone al Derecho Europeo. Si asumimos la doctrina de la integración del Derecho Europeo y el sistema judicial europeo en su sentido más abstracto e idealista, éste pasa a ser parte del propio Derecho nacional, así que no dejaría

⁴³⁸ Caso C-213/89.

⁴³⁹ Caso C-314/08.

⁴⁴⁰ Caso C-409/06. La excepción a la inaplicación del Derecho nacional contrario al Derecho Europeo que acabamos de explicar se expone especialmente en sus FJ 66-67: «66 Como se desprende de la jurisprudencia, el mantenimiento de los efectos de un acto de la Unión anulado o declarado inválido, cuya finalidad sea no permitir la existencia de un vacío jurídico hasta que un nuevo acto sustituya al anulado (véase, en particular, la sentencia de 5 de febrero de 2004, *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02, Rec. p. I-1477, apartado 60), puede justificarse en presencia de consideraciones imperiosas de seguridad jurídica que afecten a todos los intereses, tanto públicos como privados, en juego (véase, en particular, la sentencia *Régie Networks*, antes citada, apartado 122 y jurisprudencia citada) y durante el lapso de tiempo necesario para permitir que se remedie tal ilegalidad (véanse en este sentido, en particular, las sentencias, antes citadas, *Kadi* y *Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, apartado 375, y *Régie Networks*, apartado 126). 67 No obstante, a este respecto basta señalar que, aun suponiendo que consideraciones similares a las subyacentes a dicha jurisprudencia, elaborada en relación con los actos de la Unión, puedan conducir, por analogía y con carácter excepcional, a suspender provisionalmente el efecto de exclusión que ejerce una norma de la Unión directamente aplicable sobre el Derecho nacional contrario a ella, tal suspensión, cuyos requisitos sólo puede establecer el Tribunal de Justicia, ha de excluirse automáticamente en el caso de autos, toda vez que no existen consideraciones imperiosas de seguridad jurídica que puedan justificarla».

⁴⁴¹ ALONSO GARCÍA (2010:269).

de ser un conflicto «interno». Ahora bien, en el Derecho originario sólo la fallida Constitución Europea de 2004, en su artículo I-6, consagró el principio de supremacía: «*La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros*». Fracasado este intento de constitucionalización, el Tratado de Lisboa de 2007 renunció a semejante principio jurídicamente vinculante, pero sí hizo acompañar el Tratado de una Declaración 17 relativa a la primacía: «*La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia*»⁴⁴².

Se ha caracterizado esta solución intersistémica, en la que las normas europeas con valor de Ley no se aplican en los Estados miembros en el sentido de que derogan el Derecho interno (como sería lo propio si se integraran en el Derecho interno según una teoría estrictamente monista) de monismo moderado, que reconoce la existencia positiva de los dos sistemas, y por tanto el conflicto: dos normas válidas y vigentes coincidirán en un mismo supuesto de hecho. Hay que elegir cuál de las dos es de aplicación. Y he aquí el gran problema jurídico del Derecho Europeo: la primacía⁴⁴³. Veremos que el legislador español ha replicado esta solución en las relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho español⁴⁴⁴. Aunque esto es cierto en el fondo, no hay que aferrarse a las concepciones del monismo positivo: el mecanismo de la primacía simple y llanamente reconoce la existencia de un pluralismo, que por lo demás es evidente.

Este modelo de la supremacía en las normas privadas supranacionales, sin embargo, va a ser impensable: en el Derecho Europeo, ésta sólo se fundamenta en la legitimidad jurídico-pública de la propia Unión Europea. Sólo partiendo de su naturaleza de ente público

⁴⁴² Y añade a continuación: «Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260): “Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007. Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (*Costa/ENEL*, 15 de julio de 1964, asunto 6/64) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia».

⁴⁴³ Sobre esta tesis del monismo moderado, vid. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (2011): *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, 2ª ed. Madrid, Tecnos, pp. 233 y ss.

⁴⁴⁴ Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018:123).

supraestatal regional se puede entender que se reconozca la legítima supremacía (o al menos primacía) del Derecho Europeo sobre el nacional: al fin y al cabo, ambos se consideran originariamente provenientes de una misma soberanía. Semejante argumento queda fuera del alcance de las normas privadas supranacionales. Sin embargo, de la misma forma que la primacía no nos sirve en el ámbito supranacional, el desplazamiento («inaplicación») de la norma interna nos da una clave para la integración de las normas privadas supranacionales: esta es una de las posibles respuestas finales a la resolución del conflicto normativo con la regla interna nacional, pero no con un principio, al que la norma privada supranacional deberá someterse necesariamente.

3. Derecho Internacional Privado frente a Derecho interno

Hasta ahora he centrado el estudio de las relaciones intersistémicas en los sistemas que incorporan normas de Derecho público. Comprensiblemente, esto es una simplificación. Desde luego el Derecho Europeo contiene normas tanto de Derecho público como de Derecho privado, y el Derecho Internacional Público regula ámbitos normativos públicos por esencia (es *a priori* el Derecho que regula las relaciones entre los Estados, al menos en la concepción centroeuropea del siglo XIX), pero su progresiva extensión también puede abarcar ámbitos de Derecho privado. Desde luego, en el caso de las normas internacionales, su ámbito material de Derecho público será el que potencialmente puede entrar en conflicto con el Derecho público interno. Pero también regulan ámbitos normativos de Derecho privado, sin perder la misma naturaleza, la de normas internacionales. De ahí el interés de estudiar, brevemente, el Derecho Internacional Privado: aporta supuestos de conflicto muy diversos, y también metodología para resolverlos.

Como primera aproximación, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO definen el contenido del Derecho Internacional Privado por el estudio de tres problemáticas: competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones, siguiendo además este orden lógico⁴⁴⁵. Sin embargo, la resolución del conflicto normativo va a ser la más relevante de las tres a los efectos del presente trabajo. Por otro lado,

⁴⁴⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2016): *Derecho Internacional Privado*, Granada: Comares; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008): «Orden público internacional y externalidades negativas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2065, pp. 2351-2378; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2009): *Derecho Internacional Privado*, Pamplona: Civitas, sobre todo p. 29; HERDEGEN, M. (2014 y 2003); VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. (2007): *Derecho Procesal Civil Internacional: Litigación Internacional*, Pamplona: Civitas.

el concepto de Derecho Internacional Privado no es ni mucho menos pacífico. Para empezar, el propio nombre de Derecho Internacional Privado es polémico. En los países anglosajones, si bien se acepta el término *International Private Law*, el más habitual es el de *Conflict of Laws*, lo que revela ya la naturaleza conflictual de la disciplina. Las aproximaciones teóricas al problema han sido diversas. La concepción de esta rama del Derecho como un conflicto intersistémico supone adoptar lo que se conoce como un método indirecto de regulación del tráfico jurídico, en lugar del método directo, que es la adopción de un conjunto de normas comunes a todos los actores (por ejemplo, la *lex mercatoria*)⁴⁴⁶. Los métodos de Derecho Internacional Privado serán en esta obra una fuente recurrente, precisamente porque nos dan una respuesta a una pregunta muy similar a la que vamos a plantear inmediatamente. La cuestión aplicar un Derecho extranjero a un caso concreto no es idéntica a la de integrar caso por caso una norma privada supranacional, pero es lo suficientemente similar como para que su metodología sea en una medida importante extrapolable.

En el siglo XIX, DICEY⁴⁴⁷ propuso una teoría perfectamente acorde con la tendencias jurídicas de su tiempo: la territorialidad, el imperialismo jurisdiccional y la teoría de los derechos adquiridos. Según esta teoría, un Juez nacional no puede aplicar ninguna norma jurídica ajena a su sistema, ni reconocer ni ejecutar sentencias judiciales de Tribunales extranjeros. El principio de territorialidad impone que el Juez nacional aplique exclusivamente su propio Derecho, su propio sistema jurídico. Ahora bien, el Juez nacional tampoco puede dejar de reconocer los derechos adquiridos que ostenta la parte, aunque fuera bajo el imperio de una Ley extranjera. En teoría, entonces, los derechos subjetivos creados por el ordenamiento extranjero tienen un efecto extraterritorial, pero no el propio ordenamiento extranjero ni sus normas jurídicas. Como ejemplo del juego de esta teoría, es la adoptada por la Cámara de los Lores Británica desde el caso *Dalrymple v Dalrymple* de 1811, donde sostiene que en un litigio matrimonial debe aplicarse el Derecho inglés, pero respetando la validez de los derechos subjetivos en el ordenamiento en que nacieron. La crítica a esta teoría es comprensible: el derecho subjetivo no es un hecho existente en sí mismo, ni un hecho social, sino una creación normativa. Por tanto, reconocer el derecho

⁴⁴⁶ ROBLES (2007:141).

⁴⁴⁷ Esta obra, como es bien sabido, se sigue editando en versiones modernas. Vid. DICEY, A.V., MORRIS, J.H.C. y COLLINS OF MAPESBURY, L.A. (2018): *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 15th ed., Londres: Sweet and Maxwell.

subjetivo implica reconocer hasta cierto punto el Derecho extranjero, al menos en la medida en que éste determina su validez.

W. W. COOK propuso una teoría muy distinta, de inspiración en el realismo jurídico norteamericano y de aproximación puramente aporística y antisistemática. El conflicto de Leyes se resolvería con la llamada «Teoría del Derecho Local». El Juez nacional, al resolver un caso con un elemento de Derecho extranjero, no aplicaría su propio ordenamiento, pero tampoco el ordenamiento extranjero, que no está vigente en su territorio ni puede siendo realistas conocerlo con precisión. El Juez nacional se estaría limitando a aplicar lo que cree que sería la decisión del Derecho extranjero *ad casum*, por lo que aunque no aplique las normas que su propio ordenamiento emplea para resolver el caso, está aplicando su propio Derecho: es una mera interpretación de las decisiones de los precedentes extranjeros sobre la misma cuestión, pero no el Derecho de aquéllos. Por eso dice el proponente de la teoría que el factor relevante para conocer el Derecho es el estudio del precedente judicial, que es el único sustento real tanto del trabajo de los abogados como de las decisiones judiciales. Eso significa, eso sí, renunciar a toda clase de análisis principal del Derecho Internacional Privado, que acaba fundándose solamente en precedentes asistemáticos e inconexos interpretados a su vez libremente por el Juez nacional. Este es un argumento útil para el Derecho Global: lo que el Juez nacional va a aplicar no es un ordenamiento objetivo de normas privadas supranacionales, sino su propia interpretación *local y ad casum* de tales normas, lo que necesariamente nos conduce hacia una eficacia del Derecho Global en mosaico.

Posteriormente, la llamada «Revolución Americana» del Derecho Internacional Privado ha propuesto una solución aporística también, pero muy distinta. El Derecho Internacional Privado consistiría en el análisis de los problemas del caso concreto (y habría que añadir, intereses) y la búsqueda de la regla de conflicto adecuada para resolver el problema. Todo esto teniendo en cuenta las normas de fondo que serían aplicables y sus efectos, así como la política jurídica de cada una de ellas, para elegir la norma más apropiada al caso, al margen de las reglas abstractas de resolución de conflictos⁴⁴⁸. Este es el fundamento teórico de la doctrina del Derecho Internacional Privado anglosajón de *forum non conveniens*. Es esta última opción la más sugerente para las normas internacionales: es necesario examinar el problema caso a caso, pero sin renunciar a una sistematización, exigencia lógica de cualquier

⁴⁴⁸ Sobre esto, vid. CHESIRE, G., NORTH, P. y FAWCETT, J. (2008): *Private International Law*, Oxford: Oxford U.P. (24-27).

aproximación científica al Derecho. Las soluciones que ha propuesto el Derecho norteamericano (también para los conflictos jurisdiccionales internos) han basculado entre el análisis del interés del Gobierno (o la Administración), la ponderación de intereses (*comparative impairment*), la aplicación de principios generales del Derecho, que no ve el problema como un conflicto intersistémico, sino como un mero conflicto internormativo en el que la solución debe decantarse por la norma más coherente con el principio, la elección favorable al Derecho del foro local o simplemente, la elección de una regla u otra por una serie de factores de referencia, como las políticas que subyacen a ambas normas, los intereses legítimos, los principios de la rama del ordenamiento en cuestión, los efectos de la norma o la facilidad de su ejecución⁴⁴⁹. En cualquier caso, esta es una primera aproximación a una serie de métodos que son útiles para resolver el conflicto de las normas internacionales.

II. El procedimiento de legitimación de las normas privadas supranacionales

1. Introducción

Llegados a este punto, la metodología que hemos propuesto para integrar las normas privadas supranacionales en el ordenamiento jurídico del Estado puede contemplarse descarnada. Hemos pretendido fundamentar la integración a nivel teórico, por una parte, argumentando su carácter aporístico y su integración sistémica. Ahora vamos a pasar a la vertiente práctica del problema, examinando cómo pueden aplicarse. No obstante, esta aplicación pasa primero, como puede comprenderse, por el sometimiento de estas normas al control judicial.

Por tanto, ya pueden los ciudadanos corporativos ignorar los ordenamientos internos o incluso establecer sus propios sistemas de revisión de sus actos, pero sin una decisión judicial nacional sus normas no pueden ser aplicadas en el Derecho interno. Los sistemas internos de resolución de controversias de que gozan los ciudadanos corporativos son numerosos, pero no son más que mecanismos de resolución de conflictos, aún cuando adopten una estructura orgánica similar a la de un órgano jurisdiccional. No gozan ni gozarán de la naturaleza de un órgano del Poder Judicial, porque sólo a éste se le atribuye la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en los términos del artículo 117.3 de la Constitución. Desde este punto de vista, las decisiones de los órganos quasi-jurisdiccionales que integran algunos ciudadanos

⁴⁴⁹ CHESIRE & NORTH (2008:35 y ss.).

corporativos no son más que otras normas privadas supranacionales que deben ser cumplidas, pero que en todo caso requieren de su aplicación judicial.

Esto dicho, es perfectamente imaginable que la Administración aplique directamente una de estas normas⁴⁵⁰. Pero cuando la Administración dicta un acto aplicativo de una norma privada supranacional, lógicamente, estaremos ante un acto revisable en la vía contencioso-administrativa. Lo que esto significa en la práctica es que por mucho que la Administración pueda dictar un acto aplicando una norma privada supranacional, esto no le convierte en el órgano del Estado encargado de decidir su aplicación. La Administración, como ya sabemos y hemos repetido hasta la saciedad, está sometida *a la Ley y al Derecho* ex artículo 103.1 de la Constitución. Siendo las normas privadas supranacionales Derecho, lógicamente, la Administración puede seguir el procedimiento aplicativo que aquí describimos. Pero el órgano competente para revisar el acto dictado deberá repetir tal proceso aplicativo de la norma según su propio razonamiento, sin que pueda asumir el de la Administración.

En caso de que el interesado no impugne el acto, la Administración habrá actuado aplicando una norma privada supranacional, que naturalmente se encuentra más allá del dominio de la Ley estatal, y por tanto del concepto clásico del principio de legalidad administrativa. Lógicamente, esto nos sitúa en el ámbito de la discrecionalidad.

⁴⁵⁰ Por ejemplo, el artículo 15 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, establece los llamados programas de prevención de residuos. Entre las disposiciones de este artículo, destacamos dos. El punto primero establece que las administraciones públicas, en sus respectivos ámbitos de competencia, aprobarán los citados planes estableciendo los objetivos de protección, y evaluando la utilidad de los ejemplos de medidas que se relacionan en el Anexo IV de la misma Ley. Por otra parte, el punto tercero establece que las administraciones competentes, con el fin de controlar y evaluar los avances en la aplicación de las medidas de prevención, determinarán los instrumentos que permitan realizar evaluaciones periódicas de los progresos realizados y podrán fijar objetivos e indicadores cualitativos y cuantitativos concretos. Pues bien, dicho Anexo IV en su punto 10, entre las medidas que pueden afectar a la fase de diseño, producción y distribución, incluye las normas EMAS (en la actualidad, la III) e ISO 14001. Esto puede significar que: bien la Administración se inspira en dichas normas para elaborar la suya propia (y dependiendo del grado de elaboración, podríamos discutir hasta qué punto no está aplicando la norma misma) o bien que, a falta del cumplimiento de la obligación de elaborar el programa por parte de la Administración *y con el fin de controlar y evaluar los avances en la aplicación de las medidas de prevención*, pueda aplicar la norma directamente. Como puede verse, aquí tenemos la doble manifestación de las normas supranacionales en el Derecho estatal: por un lado, este rechaza su aplicación directa *a priori*, obligándola a someterse, teóricamente, al tamiz nada desdeñable de incorporarse a una norma interna (aunque sea una norma reglamentaria de rango muy bajo, y aunque ésta se limite a «transcribir» incluso el contenido de la norma supranacional) pero por otra parte, parece que, dada la especificidad técnica de estas normas, las remisiones a las normas supranacionales «a título de ejemplo útil» tienden a convertirse en auténticas remisiones completas. En otras palabras, por este camino parece que el ordenamiento estatal no sólo va a remitirse a las normas privadas en los términos que ya conocemos (técnica de la remisión expresa) sino que acabará dejando las lagunas en zonas regulatorias técnicas para que las normas supranacionales las ocupen *de facto*. Y de ahí que la posibilidad de aplicación directa por parte de la Administración, sin ni siquiera recoger sus estándares en una norma interna, sea absolutamente real.

Recapitulando, sólo los órganos judiciales pueden decidir la aplicación o no de una norma privada supranacional, en el sentido de decidir su integración en el sistema. La Administración puede aplicarlas, por supuesto, pero mediante su aplicación administrativa no se integra a las normas privadas supranacionales en el sistema, sino que se dicta un determinado acto dentro del margen de discrecionalidad que el respeto a la Ley permite, y a su vez la norma privada supranacional se integra como norma de control entre las normas de control estatales. Si el acto es contrario a una norma estatal superior, el acto es nulo, sencillamente. Pero sólo el órgano judicial podrá determinar si la norma internacional *desplaza* propiamente a la norma interna o no. Lo único que debe buscar la Administración es la interpretación conforme entre ambas. Creemos que, en general, normas como las emanadas de ISO serán susceptibles de esta interpretación conforme que examinaremos en profundidad más adelante, pues no se han concebido para contrariar normas del ordenamiento -aunque esto pueda ocurrir- sino que en realidad su fin es precisamente establecer estándares internacionales con los que los productores puedan cumplir con las normas internas más extendidas a nivel mundial.

Por otra parte, CASSESE se ha hecho eco de la posición de la *International Law Commission* de la ONU, según la cual la supuesta fragmentación del Derecho Global no existe realmente si se atiende a los principios aplicados por los organismos quasi-judiciales soprastatales, aún admitiendo que ese «tejido» de principios existe por obra de esos órganos, pero no del autor de normas global, que es por esencia especialista o sectorial⁴⁵¹. En realidad, que estos órganos tengan una jurisprudencia fundada en ciertos principios jurídicos comunes no nos sorprende - como tampoco nos sorprende la sectorialidad del autor de normas global, a pesar de lo cual ya demostramos que su regulación sí que se funda en determinados principios jurídicos-. Estos fundamentos facilitarán la integración de la norma en un Estado de Derecho, pero en absoluto puede aceptarse que sustituyan la labor del juez interno, que es el único órgano competente para decidir si procede o no la aplicación de una norma privada supranacional.

En realidad, y como explica SCHMIDT-ASSMANN, en la medida en que las normas privadas supranacionales regulan un determinado sector de actividad, se nos introduce en un determinado sector de la regulación administrativa del tráfico jurídico internacional - sustituida por la autorregulación, regulada o no-. Por tanto, de ésta siempre surgirá un

⁴⁵¹ CASSESE (2009:149).

problema de justicia administrativa⁴⁵². El Derecho Administrativo Internacional haría un papel de «Derecho de cooperación»⁴⁵³. Esta posición debe ser tomada muy en cuenta cuando se enjuicie la aplicación de una norma privada supranacional en un procedimiento, porque el juzgador no debe olvidar que el Estado, como personificación debe respetar los deberes de regulación que se deriven de normas internacionales que cuya existencia haya aceptado con su aquiescencia. De lo contrario, por supuesto, se vería sometido a las responsabilidades que en cada caso fueran pertinentes. Este *pacta sunt servanda* del Derecho Internacional Público, sin embargo, funciona mal en el ámbito de las normas supranacionales, que son de naturaleza privada aunque de efectos jurídico-públicos (y por tanto, híbridas).

2. La justificación del reconocimiento judicial de la norma privada supranacional

2.1. El *legalismo* y su superación: Derecho vigente y Derecho disponible

Existe una última cuestión que funciona como piedra de toque del sistema: el acceso a la jurisdicción. El problema aquí es incluso más complejo. ¿Cómo se somete a control judicial la aplicación de una norma privada supranacional? Pues bien, a esta pregunta tratamos de responder con el procedimiento de legitimación, que es nuestro método de incardinación de las normas privadas supranacionales en el Derecho interno: el centro del sistema debe ser siempre el Juez⁴⁵⁴.

⁴⁵² SCHMIDT-ASSMANN, «Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional», en SCHMIDT-ASSMANN y BARNES, J. (coords.) (2008): *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla: Editorial Derecho Global, pp. 71-112, p. 104.

⁴⁵³ SCHMIDT-ASSMANN (Íb.:109).

⁴⁵⁴ Esta posición central del Juez ordinario en el Derecho supranacional -transnacional o global- como responsable de un cierto «equilibrio» en el (des)orden jurídico global ha sido ya observada, particularmente por D'ALTERIO, E. (2011 y 2017), si bien en esta segunda obra la autora se centra no en el control del Derecho Global por parte del Juez nacional, sino por parte de los Tribunales Internacionales, que a su vez generan decisiones que deben ser sometidas a sus propios sistemas de control, hasta el punto de que afirma que «*judicial regulation is a means -and probably the main expression- of global regulation*» (p. 306). Nosotros disintimos de tal afirmación: la regulación judicial siempre revierte en decisiones que, a efectos de su control por el Juez nacional, son de naturaleza normativa -luego se controlarán igual que cualquier otra norma privada supranacional- y en todo caso su posición, incluso numéricamente, es minoritaria en comparación con las normas técnicas. Con menor énfasis, puede interesar el trabajo de ROBERTS, A. (2011): «Comparative International Law? The role of national courts in creating and enforcing International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, v. 60, n. 1, pp. 57-92. En términos generales vid. VERGOTTINI, G. (2010). El Juez será el único operador jurídico con *potestas* para decidir qué elemento del Derecho supranacional es admitido y cuál no para ser eficaz en el territorio del Estado. Tampoco deben desatenderse los métodos alternativos de resolución de conflictos o el arbitraje, como posibles aplicadores de la norma privada supranacional pero sobre todo como responsables del control jurídico-público del Estado.

Es una realidad ya reconocida con carácter general en la doctrina española que nuestro sistema de justicia es insuficiente, en aspectos diversos⁴⁵⁵. En el ámbito jurídico-administrativo, el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 106.1 CE) sigue representando desde luego la superación del legalismo positivista, pero esta superación ya no puede traducirse solamente en el sometimiento de la Administración a los principios generales del Derecho, sino también a las múltiples normas internacionales, tanto públicas como privadas, que se incorporan en regulaciones de Derecho público al margen de la potestad legislativa del Estado en el que se aplican.

Por *legalismo* (o, con idéntico significado, sus sinónimos «*legalismo positivista*» o «*positivismo legalista*»⁴⁵⁶) entendemos aquella dogmática que sitúa la ley como referencia dogmática del Derecho, de tal manera que cualquier otra fuente del Derecho no sólo se situará en un rango jurídicamente inferior y limitará su aplicación en defecto de ley, sino que incluso en un nivel teórico estará siempre, por decirlo expresivamente, «bajo sospecha». Esto implica que, en este modelo, se intentará:

- 1) someter dogmáticamente todas las demás fuentes del Derecho (o, más descriptivamente para un legalista, *el resto* de las fuentes del Derecho) a las categorías dogmático-conceptuales de la legalidad (atribución de potestad legislativa, órgano competente para su adopción como tales normas, sanción, promulgación y publicación, y sobre todo, vigencia).
- 2) Caso de que esas *otras* fuentes del Derecho resulten irreductibles a tales categorías de la legalidad, serán consideradas fuentes de inferior fiabilidad dogmática, serán recluidas a estratos inferiores de jerarquía y su fuerza jurídica hostigada y restringida paulatinamente mediante teorías y duras críticas de diversa naturaleza. Naturalmente, la gran damnificada de este proceso históricamente ha sido la costumbre, a la que se llega incluso

⁴⁵⁵ Si nos centramos en el análisis de la Justicia Administrativa (que en todo caso no será tampoco la única que se enfrente a las normas privadas supranacionales) el trabajo de referencia, es sin duda HUERGO LORA, A. (2012): «Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada», *Revista de Administración Pública*, n. 189, pp. 41-73, de entre un conjunto innumerable.

⁴⁵⁶ Un cuarto término es el de «*legalismo racionalista*», que se ha asociado a la codificación y a los movimientos revolucionarios ilustrados (DE CASTRO Y BRAVO, 1955:380). Efectivamente, las características que vamos a exponer como propias del legalismo están perfectamente descritas aquí (como por ejemplo, en la relegación de la costumbre en los códigos civiles francés y austriaco). Pero es que sus sucesores, aunque lo pretendan mediante recursos teóricos, por ejemplo, a un pretendido iusnaturalismo, o a la revalorización de los principios generales del Derecho como fuentes, no dejan de manifestar vivamente la marca de este modelo, del que por lo general no llegan a apartarse del todo. Obviamente, es un ejemplo de esto el artículo 3.1 del Código Civil, cuya reforma por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo no deja de expresar de nuevo el mismo modelo.

a exigir una cierta -y por lo general informal- aprobación del Soberano, requisito que se lleva incluso hasta las Partidas, y comprobándose al parecer cómo se ha favorecido históricamente la costumbre aprobada por el príncipe mediante inversiones de la carga de la prueba y presunciones, mucho antes desde luego de la aparición del legalismo racionalista⁴⁵⁷. Se pretende así extender las categorías de sanción regia y -sobre todo- vigencia a una fuente del Derecho que, manifiestamente, no se adapta a ellas. Pero no es menos ejemplo de este sitio a la costumbre, en tiempos recientes, la negación categórica de la costumbre *secundum legem* por calificarse su función interpretativa de «*poder legislativo de hecho*»⁴⁵⁸. El único bastión histórico de la costumbre, incluso después de ser cuestionada en reformas muy recientes, es como es bien sabido el Derecho Civil navarro. Las mismas observaciones pueden hacerse de los principios generales del Derecho, sin que su impulso en la segunda mitad del siglo XX haya conseguido cuestionar la legalidad en la doctrina civilista, pero sí en gran medida en el Derecho Público (y aún con grandes detractores entre los positivistas⁴⁵⁹).

- 3) El último paso es, sencillamente, la negación de la fuente del Derecho. Este es el supuesto de las normas privadas supranacionales, cuando se las (des)califica como meros «*estándares*».

Es indispensable aclarar que cuando hablamos de legalismo no nos referimos meramente al principio de legalidad (administrativa, penal, etc.) ni a la reserva de ley. Estos son mecanismos históricamente vinculados al legalismo, pero que -como es obvio- ostentan plena vigencia en la actualidad dentro del Estado constitucional de Derecho después de superado este modelo, eso sí, ahora con una función más restringida dentro del ordenamiento jurídico, que ya no puede describirse *solamente* en virtud del principio de legalidad, sino que debe reconocer la existencia de otros elementos.

Vista esta realidad, que supera el modelo legalista, creemos necesario superar también la idea de vigencia que viene asociada a él. De ahí que nosotros preferimos hablar, no de «*Derecho vigente*», sino de «*Derecho disponible*» tanto para la aplicación de la Administración como del Juez ordinario. La idea de vigencia viene, efectivamente, íntimamente vinculada a la

⁴⁵⁷ De nuevo, DE CASTRO Y BRAVO (1955:439).

⁴⁵⁸ De nuevo, DE CASTRO (1955:422).

⁴⁵⁹ El caso más obvio es el de FERRAJOLI (2012), y entre nosotros LAPORTA (2009).

legalidad, en el sentido de que la aprobación de la ley viene determinada por un procedimiento formal y reglado en el que es posible determinar con exactitud los momentos temporales y espaciales de cada etapa del procedimiento, que son fundamentalmente los siguientes: sanción, promulgación, publicación y comienzo del periodo de vigencia y espacio de éste. Este modelo, por supuesto, no es -como ya hemos explicado- extrapolable ni siquiera a fuentes clásicas del Derecho (como la propia costumbre) y menos aún a las normas privadas supranacionales. El Derecho que puede aplicar en la actualidad la Administración o, sobre todo, el Juez, no es el Derecho vigente, pues éste es sólo el Derecho escrito aprobado por un procedimiento previamente establecido dentro del Estado constitucional de Derecho, siguiendo los patrones de la legalidad clásica. Pero el Derecho que puede aplicar el Juez es mucho más amplio, e incluye el Derecho interno que no encaja en este modelo de fuente (costumbre interna, principios generales del Derecho, jurisprudencia, precedente administrativo) y un conjunto disímil y muy diverso de fuentes del Derecho no-estatales (normas internacionales -tratados, costumbres internacionales, principios generales del Derecho Internacional-, jurisprudencia de órganos judiciales internacionales, normas privadas supranacionales, costumbres privadas -usos del comercio-, resoluciones arbitrales, entre otras). A todo este conjunto de fuentes normativas que incluye el Derecho vigente y el «meramente existente» sin que pueda predicarse de él la circunstancia *formal y estatal* de la vigencia, es lo que denominamos «*Derecho disponible*».

Es igualmente claro que muchas de estas normas pueden ser aplicadas por la Administración, pero no es este el único supuesto, sino que pueden ser -y a menudo serán- sencillamente seguidas *de facto* por parte de los sujetos a los que obligan; lo que nos interesa por tanto no es el control de tales normas privadas supranacionales por parte de la Administración (que es, en definitiva, no propiamente un acto de control, sino una decisión aplicativa de autoimputación de una norma supranacional, equivalente a la que pueda adoptar un privado -aquella fundada en un cierto ámbito de discrecionalidad administrativa y ésta en la autonomía de la voluntad del sujeto privado). Lo que nos interesa es la fase final que es común a ambos supuestos, el reconocimiento de la norma privada supranacional por parte de la

Administración o por parte de un sujeto privado, que es su control por el Juez nacional, el único capaz de someter a control eficaz el Derecho Global⁴⁶⁰.

2.2. La equiparación de las normas supranacionales al Derecho extranjero como mecanismo aplicativo interno

Para esta realidad, que es consecuencia de la mundialización y la retroacción del Estado de su absoluta hegemonía normativa a una posición de garante, a menudo confiando la ejecución de sus políticas al sector privado, no fue concebido nuestro sistema de justicia administrativa. El Derecho procesal viene diseñado para la aplicación por parte del Juez del Derecho vigente (como también el procedimiento administrativo), y sólo imperfectamente permite el recurso a todas las fuentes del Derecho que constituyen el Derecho disponible. Esto no significa que no existan mecanismos en el Derecho procesal interno que permitan la aplicación de las normas privadas supranacionales⁴⁶¹. De hecho, el recurso al Derecho disponible es necesario, con

⁴⁶⁰ En todo caso, es claro que la Administración recibe las normas privadas supranacionales y las aplica, ya sea mediante mecanismos normativos (los famosos Reglamentos que incorporan normas ISO o UNE, por ejemplo, sobre los que existe una consolidada doctrina española y de los que hablamos en otro lugar) o directamente a través de actos. Esta «recepción administrativa» de los estándares no parece muy coherente como realidad. STEWART la ha definido en los siguientes términos, pero subrayando de nuevo el papel fundamental del Juez nacional: «*In some cases, domestic courts may play a role, requiring national administrations to follow GAL or other global regulatory norms. Most often, however, the processes are thoroughly administrative. Typically, the relevant regulatory domestic agencies can implement global regulatory standards and decisions without any need for new legislation. In doing so, agencies may sometimes initiate the making of rules or other types of formal administrative decision-making; however, the processes are generally more informal*» (STEWART, R.B. (2017): «Global standards for national societies», en CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 175-195, p. 184). Es precisamente el carácter asistemático de esta «recepción administrativa» el que nos lleva a no centrar nuestra atención en este modelo, y sí en el del control judicial, que como puede verse a través de las referencias ostenta un papel central en cualquier concepción actual del Derecho Global.

⁴⁶¹ La naturaleza del problema de la *judicial review* del Derecho Global ha sido perfectamente desgranada por CRAIG, tomando como referencia las normas ISO, aunque por supuesto sus afirmaciones son extrapolables a todas las normas privadas supranacionales. En suma, el autor entiende que la ausencia de mecanismos judiciales globales eficaces para el control de las normas privadas supranacionales obliga a derivar tal control sobre los jueces nacionales, pero esto no siempre es posible en la práctica. Así, afirma el autor que «*In terms of judicial review, it is necessary to tread carefully. There is no judicial organ within the ISO that subjects its work to review, either procedurally or substantively. This does not mean that the ISO fails to comply with procedural precepts such as due process, or substantive precepts such as rationality. It does mean that there is no judicial body within the ISO to which appeal can be made by a party affected by a standard, who seeks to argue that it is infirm in certain aspects. If judicial recourse is to be had, it must then be via a court at national or regional level. Whether this is feasible will depend on the principles of review that pertain within that system, more particularly those that determine the type of norms that are susceptible to judicial review. There will of course be differences in this respect as between different systems. The potential claimant is nonetheless likely to face similar difficulties within many legal systems, being caught between a rock and a hard place. If the contested standard is not formally embodied in national or EU legislation, then a court may well simply decide that it is not sufficiently “public” for the purposes of judicial review, even if compliance with the standard is de fact required for entry into a particular market. If, by way of contrast, it is incorporated into national or EU legislation, then the court may find either that it is unreviewable in legal systems where primary legislation is not subject to judicial review save in on limited constitutional grounds, or, even if the court is willing to review because the standard is embodied in a secondary national norm, it may well do so with a light touch, mindful of the ISO technical expertise*» (CRAIG, P. (2017): «Global networks and shared administration», en CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 153-172, p. 165)

carácter general, si se pretende que la actividad judicial actual esté verdaderamente fundada en Derecho.

De hecho, tal mecanismo existe en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y pasa por asimilar procesalmente estas normas al Derecho extranjero, como ya hemos dicho. Por tanto, puede afirmarse ya que la incorporación de las normas privadas supranacionales al Derecho interno no es estrictamente un problema de Justicia administrativa (aunque es *también* un problema de esta naturaleza), sino que su vocación es más amplia: se trata de un problema general de fuentes del Derecho que pone en cuestión categorías del Derecho estatal, que pertenecen en su mayor parte al Derecho público. Además, en lo que respecta a la vertiente «mosaico» del problema de la aplicabilidad estatal de las normas privadas supranacionales (es decir, que cada sistema jurídico tendrá sus propios mecanismos que reconocerán o no tal aplicabilidad interna) hay que subrayar que la vía procesal del Derecho extranjero también resuelve gran parte de las dificultades, pues se trata obviamente de una vía típica en el Derecho Internacional Privado y compartida por diversos sistemas jurídicos en el Derecho comparado. En resumen, y como norma general, sólo la exclusión explícita de la aplicación de las normas privadas supranacionales en la legislación interna puede impedir su aplicabilidad, en cuyo caso tal exclusión siempre operaría como una regla de orden público.

2.3. La función del Juez como sujeto de control en el Derecho Administrativo Global. La discrecionalidad originaria de los Jueces como segundo fundamento de la aplicabilidad de las normas privadas supranacionales

Toda la discusión anterior, a su vez, nos conduce a una teoría que se caracterizará por una concepción amplia de las potestades del Juez ordinario. Los positivismos, especialmente el privatista codificador asociado a la teoría francesa de la exégesis y el primer constitucionalismo revolucionario, han querido ver en la potestad jurisdiccional una mera «aplicación de la Ley al caso concreto» como método de realización de la Justicia⁴⁶². Las debilidades de este argumento, a nuestro modo de ver, son muchas. Principalmente, que la vinculación del Juez a la Ley, no como pauta sino como único fundamento admisible de la Justicia, no es capaz de darnos una definición de *lo jurídico*. Esto significa que esta teoría nos obliga a asumir que la potestad jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por jueces

⁴⁶² Vid. LACRUZ BERDEJO (2002:224) brevemente sobre el legalismo en los siglos XVIII y XIX e *in extenso* GARCÍA DE ENTERRÍA (2011:123), y sobre la concepción silogística de la aplicación de la Ley vid. LARENZ y CANARIS (1995:92) y RÜHTERS (2013:403-410).

sometidos sometidos únicamente al imperio de la ley, ex arts. 117.3 y 1 -por este orden- de la Constitución española de 1978) consiste en la resolución de los conflictos jurídicos, y estos serían los sometidos al mentado *imperio de la ley* (en minúscula en la Constitución, luego hablamos de normas jurídicas, y no de Ley formal). Pero ¿cuándo son jurídicos los conflictos? Por el hecho de residenciarse ante los Jueces y Tribunales los conflictos serán jurisdiccionales, pero esta es una mera característica que no nos permite identificar la naturaleza del conflicto (incurriríamos en petición de principio, los conflictos son jurisdiccionales porque los Jueces y Tribunales son competentes para conocer de ellos, los arbitrales lo son por la misma razón, etc.). Lo jurídico no puede ser lo jurisdiccional.

Pero, al mismo tiempo, lo jurídico es comunicacional, y sólo existe como construcción, y no en la realidad externa al propio Derecho⁴⁶³. Esto significa que cualquier institución, por ejemplo, el disfrute de la vivienda habitual por el cónyuge viudo, por mucho que pueda ser una institución de la vida social, sólo tiene carácter jurídico cuando se juridifica. La actividad de los Jueces y Tribunales no consiste por tanto en resolver los conflictos jurídicos, sino aquellos conflictos de la vida social que son *juridificables*; sin embargo, al mismo tiempo, son los Jueces y Tribunales los que, al decidir estos asuntos los juridifican, caso por caso, mediante su sometimiento al ordenamiento jurídico y la incardinación del problema concreto en los principios y reglas jurídicos vigentes. Esto es indiferente al hecho de que el Juez intervenga de oficio a instancia de parte, o incluso de que no intervenga (como en el caso de una obligación jurídica cumplida). La juridificación de los conflictos se produce cuando el Juez los califica jurídicamente, de tal manera que éste no ostenta un papel instrumental en el ordenamiento jurídico. El Juez no es sólo un sujeto de control, sino también el funcionario responsable de calificar jurídicamente un conflicto, y por ende de hacer funcionar el sistema, cada día, mediante la resolución de casos concretos.

La aplicación de la ley, entendida como la operación de subsunción, no explica por sí sola la naturaleza de la actividad judicial. El Juez no puede aplicar la ley como el ingeniero aplica una determinada técnica para transformar una materia prima en un producto, porque este proceso se produce en el plano de lo material y todo proceso jurídico existe sólo en un plano abstracto. Más que decir que el Juez aplica la ley, habría que decir que somete los conflictos a

⁴⁶³ En este sentido OLIVECRONA (1939:14-15) y ROBLES MORCHÓN (2006). Así, aplicando un ejemplo nuestro, No existe el usufructo, sino una situación de hecho que -en un plano abstracto y comunicacional- se califica como tal, otorgándole unos efectos, obligaciones y derechos que delimitan las facultades decisorias del Juez al aproximarse al caso concreto y al hecho material que lo integra.

patrones jurídicos, y en esta actividad de control, que es una potestad *naturalmente* discrecional, tiene elementos reglados a los que debe sujetarse, que son las normas jurídicas. Sin embargo, no debe perderse de vista lo intrincado del planteamiento *aplicativo de la ley* en nuestra cultura jurídica, que a menudo juzga como excesos de potestad o, directamente, pretendidas

violaciones de la separación de poderes, lo que en puridad son inevitables ejercicios de discrecionalidad por parte del Juzgador⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ Esta es una cuestión compleja, dentro del contexto de un debate rico pero muy intrincado, con importantes vertientes tanto en la construcción del sistema constitucional como en la metodología aplicativa judicial. Si aceptamos el vínculo rígido entre principio de legalidad y decisión judicial, entonces cabría preguntarse, no sin un punto de ironía, cuál era la función de los jueces antes de la Revolución Francesa, cuando aún no se había desarrollado tal principio. Obviamente, aunque no pretendemos poner una fecha exacta al nacimiento del principio de legalidad (1789, Constitución de 1791, sus posibles precedentes en el Antiguo Régimen, etc.) sí que nos parece claro que el juez, por supuesto existía como institución, y tenía actividad, antes de que existiera el principio en cuestión, y por tanto no está esencialmente vinculado a él. De lo contrario, el juez como institución habría nacido de la mano del principio de legalidad, y esto evidentemente no es así históricamente. Parece más exacto decir que el principio de legalidad supone -aún hoy- un paradigma fundamental para describir y reglar la función jurisdiccional, pero no un paradigma perfecto o insuperable, y no carente de vicisitudes y contradicciones, tanto históricas como presentes. En cuanto a la dimensión constitucional, es conocida la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA según la cual el Juez no es propiamente un órgano del Estado, sino «expresiones del *law of the land*» GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011:37). La historicidad de esta teoría -que se fundamenta en una jurisprudencia inglesa del siglo XVII, sobre todo vinculada al Juez COKE, en plena época de los Estuardo y por tanto con un fuerte contenido ideológico- es discutible, pero nos sirve para poner de manifiesto la posición *real* del Juez frente a las concepciones positivistas derivadas del legalismo: el Juez es un órgano del Derecho, no un subordinado del legislador. Una obra que ha polemizado sobre la discrecionalidad judicial en España es NIETO, A. (2000): *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel. En un contexto en el que la creación judicial del Derecho y el ejercicio de discrecionalidad judicial ha devenido un fenómeno común, se ha llegado a hablar del «juez bajo sospecha», vid. IGLESIAS VILA, M. (1999): *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid: CEPC y SARMIENTO (2008:40). La crítica clásica a la discrecionalidad judicial puede resumirse en dos vertientes: la violación de la separación de poderes (asumiendo el Juez poderes normativos) y la frustración de la predecibilidad de las relaciones jurídicas, al aplicar la norma creada *ad hoc* retroactivamente a situaciones y hechos ya acaecidos (RODILLA, M.A. (2009): «Imperio de la Ley y Principios-Presentación de un debate», en LAPORTA, F.J., RUIZ MANERO, J. y RODILLA, M.A., *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 9-53, p. 49. Se ha puesto en relación este conflicto entre la discrecionalidad judicial y la erosión del principio de legalidad con la exitosa doctrina de los principios y reglas de DWORKIN, R. (1977): *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press [versión española en DWORKIN, R. (2012): *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel], desarrollada en la dogmática continental por ALEXY, R. (1983): *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a. M.: Shurkamp [Traducción española en ALEXY, R. (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid: CEPC] y ALEXY, R. (1989): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Shurkamp [traducción española en ALEXY, R. (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: CEPC], a pesar de que ambos precisamente buscaron la reducción de la discrecionalidad judicial: mediante los principios DWORKIN pretendió evitar que, en ausencia de reglas -en caso de lagunas- se abriera un espacio ilimitado de discrecionalidad para la decisión judicial. Pero la indeterminación *a priori* de los principios ha conducido a una concepción predominantemente tópica y cada vez menos predecible de la aplicación del Derecho, lo que a su vez ha suscitado que se preconice una vuelta a las reglas, que aportarían al sistema jurídico seguridad jurídica y evitarían el recurso del Juez a sus concepciones morales, estadio que se considera superado por el positivismo jurídico (LAPORTA SAN MIGUEL (2009). Un resumen de las teorías iusfilosóficas sobre la discrecionalidad judicial puede encontrarse en DUQUE SANDOVAL, O. (2007): «Concepciones del Derecho y discrecionalidad judicial», *Criterio Jurídico*, v. 7, pp. 59-106. Afirmar que la potestad jurisdiccional es originariamente discrecional puede, teóricamente, sacudir los fundamentos del orden jurídico constitucional, pero esto es sólo una percepción. Nuestra posición, más cercana a la concepción dworkiniana (según el esquema anterior) es que el gran maremagnum de normas, tanto principios como reglas, tanto constitucionales como legales y reglamentarias, y ahora también internacionales y supranacionales, es suficiente como para dar material decisorio al Juez y dejar su margen de discrecionalidad como residual. Ahora bien, no puede pretenderse que los principios, democráticamente legitimados por su naturaleza constitucional, ocupen todo espacio de la discrecionalidad judicial. Al contrario, necesariamente dejan que el Juez ejercite esa discrecionalidad, pero dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico. Por tanto, cuando hablamos de discrecionalidad originaria, nos referimos a que, en ausencia de toda norma jurídica -y en ausencia de Estado-, seguiría existiendo el Juez, y su poder decisorio sería -necesariamente- discrecional. El ordenamiento jurídico -principios, reglas y normas internacionales y supranacionales- limitan esa discrecionalidad al mínimo, pero no pueden extinguirla completamente. Pero esta no es ni pretende ser, en puridad, una teoría del Derecho libre o de

A nuestro modo de ver, la cuestión debe plantearse a la inversa: la potestad jurisdiccional es una potestad originariamente discrecional, con elementos reglados, que son las normas jurídicas, cuya finalidad es limitar esa discrecionalidad judicial⁴⁶⁵. Las normas jurídicas pueden establecer principios o reglas, dejando un ámbito de discrecionalidad mayor o menor al Juez, al igual que pueden limitar la discrecionalidad tanto en cuestiones de fondo como funcionales (fundamentalmente, resolviendo ellas mismas los conflictos internormativos o intersistémicos)⁴⁶⁶. Si se observa propiamente el funcionamiento de la potestad jurisdiccional, ser verá como en ausencia de todo ordenamiento jurídico, el Juez está obligado a crear las propias normas jurídicas, tanto principios (para cuya construcción traerá sin duda soluciones ya presentes en el sistema moral vigente en su sociedad) como reglas concretas. Esta creación jurídica judicial casuística es lo que nosotros denominamos *juridificación* de los supuestos de

⁴⁶⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016:22 *et al.*) ha distinguido con contundencia la discrecionalidad judicial de la discrecionalidad administrativa (y su posterior control judicial), y la metodología aplicativa de ambas. Lo que corresponde decir aquí sobre esto es que, en nuestra opinión, la diferencia de origen entre ambas discrecionalidades seguramente habría que encontrarla en el diferente fundamento de ambas, originaria la judicial -siempre en nuestra opinión- y derivada en la administrativa, como la facultad atribuida a la Administración de completar o integrar un supuesto de hecho normativo imperfecto (2016:60, entre otras muchas), comp explicaremos inmediateamente.

⁴⁶⁶ A este respecto, es sabido que RODRÍGUEZ DE SANTIAGO ha propuesto una distinción entre normas de conducta y normas de control. Sobre esto vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2015 y 2016. La norma de conducta sería la que «pretende dirigir eficazmente la actividad administrativa (y se puede medir el grado en que esto realmente se consigue)» y la norma de control judicial la que «delimita los criterios jurídicos con los que se llevará a cabo la función de examinar la legalidad de la actuación administrativa impugnada (para vincular a ese enjuiciamiento, en primer término, una de las dos consecuencias jurídicas del binomio validez o invalidez)» (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2015:17) En este sentido, es posible que las normas privadas supranacionales sean muchas de ellas normas de conducta, y como tales sean aplicadas por la Administración, pero de la misma forma que son aplicadas por los particulares. La normas privadas supranacionales no van específicamente dirigidas a la Administración y por tanto no tienen como finalidad «completar» o «integrar» el supuesto de hecho normativo imperfecto, si es que este es un modelo convincente de justificación de la discrecionalidad administrativa (sobre esto, vid. BACIGALUPO, M. (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons. En puridad, ninguna norma es «completa» porque todas existen en un plano abstracto y no se dirigen a un supuesto de hecho concreto, salvo que sean singulares (lo cual nos acerca materialmente al acto, aunque formalmente se adopte como norma jurídica, incluso como Ley). Para nosotros, sólo las resoluciones jurisdiccionales generan reglas completas en sentido estricto, al tener naturaleza *ad casum* y no dejar mayor margen a la discrecionalidad en su ejecución. El presente trabajo, por tanto, versa fundamentalmente sobre las normas de control del Derecho supranacional, al margen de la función de formación de la conducta (privada o Administrativa) que puedan tener las normas privadas supranacionales; y también, sobre las normas conflictuales que resuelven conflictos entre normas supranacionales e internas. Al mismo tiempo, el Juez tiene su propia norma de conducta, que es el artículo 24.1 CE (en este sentido vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2005): «El art. 24.1 CE como ‘norma de conducta’ para jueces y tribunales y ‘norma de control’ para el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, pp. 261-278), que es la norma en la que se fundamenta la aplicación de cualquier norma jurídica por parte del Juez (desde constitucional hasta norma privada) y que permite que éstas últimas puedan funcionar también y al mismo tiempo como normas de control de la actuación de sujetos privados o públicos. Por ello resulta irónico que, frente a la idea, propia del Derecho estatal, de que el Derecho Administrativo se rige fundamentalmente por normas de conducta (las que dirigen la actuación administrativa discrecional), el Derecho Administrativo Global es fundamentalmente un ámbito de normas de control, pues éste ya no está vinculado al régimen estatutario de la Administración Pública, sino al ejercicio de funciones jurídico-públicas por entidades supranacionales muy diversas -que llamamos ciudadanos corporativos- y por sujetos privados que cumplen sus normas también privadas, que deben ser sometidas a control.

hecho. Esto significa que cuando el legislador introduce las normas jurídicas, lo que está haciendo es delimitar el ejercicio de esa potestad discrecional introduciendo normas de conducta para el Juez, evitando la creación de las normas necesarias para ejercer la función de Juzgar *ex novo*. Así, si realmente la función jurisdiccional viniera determinada exclusivamente por el principio de legalidad, en ausencia de Ley aplicable al fondo de la cuestión no podría haber ni siquiera potestad o competencia del Juez para juzgar, y procedería el -también prohibido- *non liquet*. Sin embargo, el legalismo admite el ejercicio de la discrecionalidad jurisdiccional, siempre que el Juez genere la *ficción* de estar aplicando una norma jurídica del ordenamiento mediante mecanismos de metodología aplicativa. Por el contrario, a nosotros nos parece más sencillo admitir que la potestad jurisdiccional funciona a la inversa, como potestad originariamente discrecional reglada por las normas jurídicas, y en la que siempre quedan ámbitos de discrecionalidad. En este sentido, las normas privadas supranacionales cobran un nuevo sentido, como normas controladas por parte del Juez nacional, pero también como normas de conducta para el propio Juez, que limitan su discrecionalidad judicial. Este «doble control mutuo» es un rasgo no sólo del Derecho Administrativo Global, sino también del Derecho Administrativo interno, donde no sólo el Juez controla a la Administración mediante las normas de control, sino que la propia Administración limita la discrecionalidad judicial ejerciendo ella su propia discrecionalidad democráticamente legitimada, que puede ser controlada por el Juez, sí, pero no sustituyendo a la Administración en su juicio⁴⁶⁷. Por tanto, la expresión del artículo 117.1 CE, «*sometidos únicamente al imperio de la ley*» significa meramente, al igual por cierto que en el artículo 103.1 CE «*con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*» en lo que respecta a la Administración (aunque en expresión más honesta, pues reconoce que el contexto de justificación no se limita a la legalidad) que el contexto de justificación de las decisiones judiciales debe fundarse en el ordenamiento jurídico vigente (no en el «imperio de la Ley», evidentemente, sino en el del Derecho, mucho más amplio). Pero en absoluto niega lo obvio, que los Jueces siempre tienen

⁴⁶⁷ En este sentido, es criticable que el énfasis en el control de legalidad otorga *de facto* un poder al Juez mucho mayor, como es el de ejercer su discrecionalidad so justificación legalista, para el que no está además democráticamente legitimado. La extensión de la fundamentación jurídica de muchas resoluciones judiciales en principios jurídicos, muchas veces en ausencia total de reglas, al tiempo que el empleo muy extendido de mecanismos que cumplen una función concreta, como las medidas cautelares, ha llevado esta práctica a un extremo a veces preocupante, por muy necesarias que sean ambos instrumentos para el control de la discrecionalidad administrativa, que incurre diariamente en excesos, pero que no debe olvidarse, es la única democráticamente legitimada. Lo que nosotros entendemos es que reconocer la existencia de una discrecionalidad originaria también de los jueces facilitaría, por un lado, que dicha discrecionalidad sea controlada, pues se reconoce que sus decisiones no sujetas a la prescripción de una norma jurídica son tales, sin ampararse ficticiamente en la legalidad; y en segundo lugar, dejamos espacio para que el Juez recurra a normas no fundadas en la legalidad, como son las normas privadas supranacionales.

un margen de discrecionalidad residual, donde no llega el Derecho o donde este es especialmente «dúctil», por utilizar una expresión que -aunque no es de nuestro mayor agrado- ya hemos visto en otro lugar que es de éxito; y sólo al final del proceso los jueces justifican tales decisiones en la legalidad. En fin, en este aspecto no estamos descubriendo nada.

2.4. Ejemplo. Cláusulas abusivas

Para ilustrar este modelo de la discrecionalidad originaria, servirá una referencia breve a un problema reciente que -como era de esperar- ha suscitado la polémica que tradicionalmente viene acompañando a toda acción judicial *praeter legem*. El caso que proponemos es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Lau Mendoza*, C-179/17, precedida de unas nutridas conclusiones del Abogado General MACIEJ SZPUNAR⁴⁶⁸. Como es bien sabido, esta sentencia -que resuelve conjuntamente el caso hermano, asunto *García Salamanca*, C-70/17- responde a sendas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles en el marco de procedimientos de ejecución hipotecaria, en relación con cláusulas de vencimiento anticipado incorporadas a contratos de préstamos hipotecarios en los que el prestatario era un consumidor.

No es este el lugar para entrar en profundidad en la resolución judicial al completo. A nosotros nos interesa exclusivamente uno de sus puntos, por cierto, más debatidos. El TJUE reconoce que, dadas ciertas condiciones, estas cláusulas serían abusivas y por ende nulas, cuando se incorporan a contratos con consumidores. El problema se encuentra cuando el órgano judicial nacional tiene que aplicar este criterio en el caso concreto. Se plantea el TJUE entonces qué sucede con el contrato de préstamo, una vez anulada una de sus cláusulas. Pues bien, entiende este órgano que si un contrato de préstamo pudiera subsistir sin la cláusula anulada, seguiría siendo válido sin tal cláusula, sin que el juzgador pueda moderar ni integrar la cláusula ni dejando subsistente el resto del contrato, ni tampoco incorporando

⁴⁶⁸ Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3B976836F54ACDB65B4E1D8A9E1B07A9?text=&docid=205657&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9227782>.

al contrato el contenido de una disposición legal equivalente que supla el contenido de la cláusula anulada⁴⁶⁹.

Sin embargo, más complejo es aún el caso en el que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula declarada abusiva. En este caso, el conjunto del contrato debería ser declarado nulo y dejado sin efecto. Ahora bien, la consecuencia de tal decisión será siempre (según el modelo más clásico del Derecho privado) la *restitutio in integrum* de lo pagado. Esta solución, sin embargo, puede resultar enormemente gravosa para el prestatario consumidor, a quien puede llegar a resultarle peor consecuencia que la subsistencia del contrato. En este caso, y sólo en este caso, autoriza el TJUE al Juez nacional a sustituir o integrar la cláusula⁴⁷⁰. Esto requiere también, por supuesto, que el procedimiento judicial nacional permita al Juez llegar hasta este punto, cosa segura en el caso del procedimiento ordinario y no tan clara en el procedimiento hipotecario, pero esta es una cuestión procesal que no nos interesa aquí.

La lógica que subyace a esta solución es, en el fondo, sencilla: si el Juez nacional pudiera integrar la cláusula en la mayoría de los supuestos, el empresario que incorporó la cláusula abusiva se vería beneficiado, pues pese a la anulación de la cláusula que estipuló subsistiría otra, estableciendo unas condiciones económicas sólo en parte menos beneficiosas. Sólo cuando, en un supuesto extremo, fuera necesaria la nulidad de todo el contrato, y tal consecuencia perjudicara más al consumidor que la integración de la cláusula, podría llevarse a cabo esta operación por parte del Juez nacional. Y es ahí donde está la polémica, pues para

⁴⁶⁹ También en el FJ120 de las citadas conclusiones: «*De lo antes expuesto resulta que la excepción a la norma general establecida en la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, según la cual el Tribunal de Justicia permite integrar el contrato sustituyendo la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, para que el contrato pueda subsistir, no se aplica en el caso de autos, ya que las cláusulas controvertidas no entrañan la nulidad de los contratos de préstamo en su conjunto. En efecto, a diferencia de la situación objeto del asunto en el que recayó la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, si en los presentes asuntos los contratos de préstamo pueden subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado y, en consecuencia, el juez nacional no está obligado a declarar la nulidad del contrato en su conjunto, no es necesario aplicar una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio para evitar que el consumidor quede expuesto a «consecuencias especialmente perjudiciales»».*

⁴⁷⁰ FFJJ 58 y 59 de la Sentencia: «*58. Si, en una situación como la descrita en el apartado 56 de la presente sentencia, no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor; y por esa razón penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 83 y 84).*

59. Por análogos motivos cabe considerar que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad de ese contrato, sustituya esa cláusula con la nueva redacción de esta disposición legal de referencia introducida con posterioridad a la celebración del contrato, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales».

un modelo estrictamente legalista (como es aquel en el que, en teoría, se han formado la mayoría de los juristas privatistas) la propia intervención judicial ya resulta escandalosa y contraria a la «seguridad jurídica», entendida también en sentido formal, naturalmente. Para nosotros estos son supuestos inevitables: el Juez tiene una facultad de intervención legítima cuando la Ley no es capaz de responder a todas las preguntas.

2.5. La teoría de la discrecionalidad originaria y su control por parte del Derecho Administrativo Global

Pero en todo caso, la norma jurídica no es el patrón único que el Juez puede aplicar al caso concreto, sino el elemento reglado de una potestad, la jurisdiccional, que es originariamente discrecional y que nunca pierde tal carácter. Pues bien, esta sería la función también de las normas privadas supranacionales: sumarse al conjunto del ordenamiento para limitar la discrecionalidad del Juez para decidir en el caso concreto, pero al mismo tiempo admitiendo que éste tiene suficiente discrecionalidad como para someter la propia norma supranacional a un control de principios constitucionales del sistema jurídico en el que va a integrarse.

Antes hemos mencionado que una misma norma jurídica puede clasificarse conceptualmente en dos categorías, como norma de conducta y como norma de control. Es cierto que existen ejemplos de normas jurídicas que, en principio, pueden ser clasificadas como uno sólo de estos dos tipos⁴⁷¹. Pero también puede, entendemos, calificarse a una misma norma jurídica, en diferentes contextos, como norma de conducta o norma de control, según los casos. Este sería, según el mismo autor, el supuesto del artículo 24.1 CE, respecto de la jurisdicción

⁴⁷¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2015:19) ha puesto el ejemplo del artículo 63.2 LRJPAC (hoy artículo 48.2 de la Ley 39/2015): «No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados». Como explica el autor, en este caso esta norma es estrictamente de control, porque indica a los jueces el contenido a controlar de la decisión administrativa, y además no coincide simétricamente con la norma de conducta de la Administración, porque ésta puede prescribir, por ejemplo, la solicitud de un informe o dictamen, pero este incumplimiento puede no tener efectos en la fase de control por mor de la norma de control citada. Al mismo tiempo, creemos nosotros, la aplicación de esta norma de control reduce la discrecionalidad del propio Juez. Además, tampoco es tan evidente que las normas de conducta se dirijan, en el Derecho privado, sólo al Juez -a diferencia, en principio, del Derecho Administrativo, donde se dirigen a la Administración-. Parece más bien que las normas del Derecho privado sí que se dirigen a los sujetos particulares -recuérdese, a estos efectos, la similitud de la idea de norma de conducta y la teoría de las normas jurídicas como razones para la acción, sin que ambas por supuesto sean idénticas, pero sí parecen emparentadas-. Es sólo posteriormente cuando estos actos son revisados por el Juez, para el que esta norma es de control (de la actividad del sujeto revisado), pero también, de nuevo, de conducta (de sí mismo, reduciendo su discrecionalidad), en virtud de una norma de conducta para el Juez mayor, el artículo 24.1 CE, que al exigir que la resolución esté motivada y fundamentada en Derecho (por tanto, la aplicación de cualquier norma jurídica, incluidas las supranacionales, deriva en último término de una norma de conducta del Juez, el artículo 24.1 CE).

ordinaria (norma de conducta) y respecto de la jurisdicción constitucional (norma de control)⁴⁷².

Pues bien, las normas privadas supranacionales funcionarían en la práctica como normas de conducta de los sujetos privados que las reciben, y al mismo tiempo como normas de control-conducta de los órganos jurisdiccionales. Éstos controlarían, en una primera fase, las propias normas privadas supranacionales mediante otras normas de control, los principios constitucionales -que funcionan, de nuevo, también como normas de conducta del órgano judicial- y, en una segunda fase, una vez admitida la norma privada supranacional como aplicable dentro del territorio del Estado en ese supuesto (superado, por tanto, el procedimiento de legitimación) el Juez revisará la actuación del sujeto privado aplicándole la propia norma privada supranacional que éste había reconocido antes, y por tanto en este caso tal norma será norma de control del sujeto privado (siendo el sujeto de control el Juez) y a su vez el propio Juez vendría determinado por una norma de conducta propia, el artículo 24 CE, que le obliga a fundamentar (justificar) sus decisiones en Derecho -lo cual incluye las normas privadas supranacionales, pero incluye obviamente también un canon constitucional, legislativo, reglamentario y consuetudinario de normas jurídicas-, reduciendo su discrecionalidad. En este sentido, puede decirse que para nosotros las normas de conducta pueden ser de control cuando las aplica un Juez para revisar la actuación de un sujeto que debió seguirlas (*ad extra*) pero el Juez las aplica en virtud de una norma de conducta superior, el artículo 24.1 CE, para limitar su propia discrecionalidad (*ad intra*).

En suma, el proceso podría describirse por fases lógicas según el siguiente esquema:

⁴⁷² De nuevo, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2005:261-2) recoge -en el mismo inicio de este trabajo- varios ejemplos que demuestra cómo la misma norma, aplicada por órganos -judiciales en este caso- distintos puede, incluso, tener un juego diferente. En sus propias palabras: «*el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un «pretendido» derecho al acierto judicial. ¿Quiere con esto decirse que el derecho a la tutela judicial efectiva no obliga al juez a resolver el caso que le plantea un ciudadano conforme a una correcta aplicación de lo que establece el Derecho y que aquél no tiene un derecho público subjetivo a que el juez resuelva su caso «perfectamente» —de la mejor manera posible— en Derecho? O, más bien, lo que verdaderamente se quiere decir con el conocido tópico de la jurisprudencia constitucional es sólo que por la vía del recurso de amparo el Tribunal Constitucional no va a controlar si la aplicación del Derecho —en materia de arrendamientos urbanos, por ejemplo— es la correcta, sino que se va a limitar a examinar si la prestación de justicia por parte del juez cumple con un estándar mínimo de calidad (motivación, respuesta razonable y no arbitraria a todas las pretensiones planteadas)*». En este sentido, el autor explica cómo, en su calidad de norma de conducta, la norma en cuestión resulta ser mucho más exigente que como norma de control. Pero deberíamos plantearnos si, a su vez, en su calidad de norma de control, la norma no está al mismo tiempo reduciendo la discrecionalidad del Tribunal Constitucional, y por tanto actuando como norma de conducta, aunque con un contenido menos rígido, porque la conducta que se está imponiendo es el control de otro órgano. La explicación de este contenido menos rígido de la norma de control-conducta podría ser que -sería ciertamente, en nuestra opinión- el control se ejerce sobre un órgano cuyas decisiones son revisables, pero sólo limitadamente, y dicho límite se justifica en que tal órgano ya tiene su propia potestad, competencia y -en último término- respaldo o legitimación democrática como órgano constituido del Estado constitucional de Derecho.

Norma privada supranacional —> norma de conducta para el sujeto receptor

Procedimiento de legitimación o recepción objetiva por el Juez—> principios
constitucionales como norma de control de la
norma privada supranacional

Aplicación de la norma privada supranacional al caso por el Juez —>

- a) norma privada supranacional como norma de control de la actividad del sujeto receptor al que le resulta aplicable
- b) norma privada supranacional aplicada en virtud de una norma de conducta del Juez, el artículo 24.1 CE, reduciendo su discrecionalidad

Ahora se entiende la importancia de esta teoría de la discrecionalidad originaria de la potestad jurisdiccional para las normas supranacionales. Por un lado, el Juez puede reconocer la aplicabilidad de cualquiera de estas normas, en tanto que el Derecho interno aplicable no lo prohíba expresamente, respecto de normas supranacionales concretas o con carácter general⁴⁷³. El Juez no necesita de habilitación legal específica para aplicar estas normas, sino de la ausencia de prohibición, al mismo tiempo que dicha prohibición puede provenir no de una norma con rango de Ley sino, por ejemplo -y creemos que será lo habitual- de un principio constitucional que la norma infringiría. Pero las normas privadas supranacionales son en nuestra opinión aplicables por el Juez ordinario allí donde el Derecho nacional no lo prohíba, siempre que se verifique el requisito previo de la recepción por el sujeto al que van a ser aplicadas, naturalmente. También es cuestionable si tal prohibición legislativa sería ni tan siquiera eficaz, pues no podría impedir el reconocimiento subjetivo de las normas privadas supranacionales. En todo caso, para ejercer tal discrecionalidad, es el Juez el que debe estar democráticamente legitimado, pero esta es ya una cuestión que pertenece al Derecho estatal y

⁴⁷³ No puede, por tanto, circunscribirse esta facultad a los árbitros, nacionales o internacionales. En este sentido parece pronunciarse HEIDEMANN (2019:45) cuando afirma que «*By contrast [respecto de los Jueces nacionales] commercial arbitration tribunals and other private dispute resolution settlement bodies are free to recognise a substantive hierarchy of norms, which will not necessarily be rigid but which has its origin in party autonomy*». Por contra, nosotros entendemos que estas limitaciones de los Jueces nacionales pueden existir, en su caso, respecto de determinadas normas de Derecho Internacional -a las que, en todo caso, los sistemas constitucionales hace décadas que están progresivamente más abiertos- pero no respecto de las normas privadas supranacionales, que en su incorporación *ad casum* en el Derecho interno deben asimilarse al Derecho extranjero.

no al Global. Por otro lado, estas mismas normas privadas supranacionales contribuirán a controlar esa misma discrecionalidad. En esto consiste precisamente ese «doble control mutuo» del Derecho Administrativo Global del que hablábamos más arriba⁴⁷⁴.

2.6. Distinción de la propuesta respecto del modelo de la transformación social

Afirmar esta discrecionalidad originaria del Juez, por otra parte, no equivale a afirmar que éste ostente un poder de «transformación social»⁴⁷⁵. Lo que implica este poder de «transformación», en realidad, tampoco está claro⁴⁷⁶. Sí que parece que la transformación social tendría, en la teoría de este autor, una función transversal, influyendo en la toma de decisiones de los profesionales del Derecho (no sólo los jueces, y de ahí la importancia que se otorga a la deontología de las profesiones jurídicas) pero también en la dogmática y a través de ella en la acción del legislador y, en general, como una tesis superadora del formalismo

⁴⁷⁴ Vid. BATTINI, S. (2017): «The proliferation of global regulatory regimes», en CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 45-64, p. 53.

⁴⁷⁵ Para el gran proponente del modelo de la «transformación social» en España, vid. ATIENZA (2017).

⁴⁷⁶ Conceptualmente, el autor mismo advierte de que su uso de la expresión tiene un sentido particular: «*la transformación social en el sentido en el que aquí estoy entendiendo la expresión: como emancipación social, lo que no puede significar otra cosa que hacer avanzar los valores del socialismo democrático*» (2017:346). Pero también nos informa de que este proyecto consistiría en «*un compromiso con los valores del constitucionalismo entendidos de la manera que suele denominarse «liberalismo igualitarista» o «socialismo democrático» [al parecer, para el autor ambas expresiones aparentemente antitéticas son sinónimas]*» (2017:347). Inmediatamente después, admite que comparte esta finalidad emancipadora con las teorías críticas de corte marxiano (por ejemplo, las fucoultianas y sus derivados) pero cuestiona que éstas sean un instrumento útil para tal emancipación, precisamente a causa de su desconfianza en el Derecho, al que suelen despreciar como un instrumento coactivo, burocrático e instrumental. Su propuesta se vincula más con un grupo determinado de autores que referencia sistemáticamente (DWORKIN, ALEXY, NINO, MACCORMICK) y la autodenomina «postpositivismo». En términos generales, el autor rechaza con contundencia el término neoconstitucionalismo como una falsa categorización de la escuela genovesa. Dicho esto, es claro que el objetivismo moral que propone el autor (aunque se trate ciertamente de un «objetivismo mínimo» (2017:193 y ss., 356) puede servir potencialmente para fundamentar una teoría iusnaturalista (o si se quiere «postiusnaturalista»), fundada en un objetivismo moral mínimo y argumentativo. Esta misma observación frente a este autor se ha realizado en tono muy crítico (GARCÍA AMADO, J.A. (2018): *Teorías de la tópica jurídica*, Lima: Palestra Editores, p. 15), pero ciertamente para nosotros el reconocimiento de esta ambivalencia no tiene ese potencial de ataque frente al autor, sino al contrario, es una referencia a la utilidad que, indudablemente, tiene la teoría, que puede potencialmente tener varias vidas diferentes fundamentando diversas teorizaciones. En este punto polémico de la relación entre Derecho y Moral el autor rechaza la idea de que el primero sea un mero subconjunto de la segunda, pero los encuentra aún relacionados, y recurre para describir tal relación a una expresión de Gustavo BUENO, argumentando que ambos son «conceptos conjugados, que no pueden entenderse el uno separado del otro sin que, naturalmente, puedan confundirse» (2017:218). Aquí un ejemplo del autor que resulta de utilidad es el de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, que declara la constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. Aquí el autor argumenta que, tras un contexto de justificación estrictamente jurídico en el sentido positivista del término, subyace indudablemente un debate de objetivos morales, que sólo veladamente se niega, pero que existe.

jurídico y la consideración instrumental del Derecho⁴⁷⁷. A esta tesis el propio autor la denomina «postpositivismo», para distinguirla no sólo de sus dos antecedentes históricos, el

⁴⁷⁷ Este autor, sin embargo, no está tan alejado de nuestro planteamiento como los puramente «críticos». El motivo es, en parte, el citado objetivismo moral, y en lo que respecta a la función jurisdiccional y sus límites, no pretende tampoco otorgarles una enorme extensión. La «transformación social» en su teoría no sería una tarea propiamente del Juez, sino un objetivo al que debe contribuir todo el ordenamiento jurídico, incluido el Juez. En concreto, el autor aún rechaza que esta función *transformativa* del juez, aún asumiendo su existencia, se traduzca en una plena discrecionalidad absoluta del criterio judicial, una mera justificación ideológica, política o de oportunidad de su razonamiento, o en definitiva en la separación completa de la aplicación del Derecho (diríamos nosotros, del «Derecho disponible»). Para él, todo Derecho debe tomar como referencia un cierto objetivismo moral -que ya mencionamos-, cuya consecuencia a los efectos del debate sobre la discrecionalidad judicial (una «discrecionalidad débil» en términos dworkinianos) es que realmente sí que puede hablarse de *una sola* respuesta correcta para cada problema jurídico. Esto se debe, en su opinión, a que realmente todo problema jurídico es reducible a dos respuestas, es decir, a un esquema binario (sí o no, se condena o no, se declara la nulidad o no, la inconstitucionalidad o no, etc.). Pues bien, asumido un principio ético objetivo que subyace a la norma jurídica, éste debe decantarse por una u otra respuesta (por más que la justificación en Derecho de ésta pueda variar, según entendemos nosotros) y por tanto resultará que una es correcta y la otra errónea. En este aspecto va incluso más allá que nosotros en la búsqueda de una objetivización de los principios que reduzca al mínimo la discrecionalidad del Juez. Consecuencia de esto es que el autor admite que los jueces sí crean Derecho, pero su discrecionalidad se ve reducida al mínimo y nunca puede salir del esquema de esa respuesta «correcta», que se deriva de principios y reglas anteriores, y éstos de un valor moral objetivo. Otra consecuencia es que la transformación social en este autor no tiene que ver ni con un ejercicio judicial del Derecho libre ni desde luego con una actividad «política» de los jueces (que el autor, entendemos que muy acertadamente, rechaza de plano) sin que esto implique negar que tras cada decisión judicial haya efectivamente siempre un fundamento ético y político, como lo hay tras cada norma. Transformación social parece significar más en este contexto fidelidad del Juez al Derecho transformativo al que está vinculado, o dicho de otro modo, tal vez podría entenderse que el autor considera que la transformación social es un criterio argumentativo que ayuda al Juez a identificar la solución «correcta», pero que trae causa de un modelo transformativo ya consolidado antes por el constituyente y por el legislador, y que debe ser igualmente tenido en cuenta en la actividad dogmática, todas ellas previas al discurso aplicativo (judicial) del Derecho. Esto es lo que parece desprenderse cuando afirma, tras dos ejemplos obtenidos de la jurisprudencia española como ejemplos de justicia formalista, que «*por eso, una de las funciones más importantes de una filosofía del Derecho comprometida con la transformación social ha de ser la de combatir el formalismo en la cultura jurídica, entendiendo aquí por «formalismo» (término que no equivale a «positivismo jurídico») la tendencia a desentenderse de los valores y de los propósitos de las normas a la hora de interpretar el Derecho. Quizás a alguno le pueda parecer muy poco, pero yo estoy convencido de que la lucha contra el formalismo jurídico es un factor poderoso de transformación social*» (2017:350). En este punto, sin embargo, No en vano, este autor ha dedicado gran parte de su portentosa vida académica a la metodología aplicativa del Derecho, signo inequívoco de que su punto de partida no es sino el Derecho positivizado, aunque no tan estrictamente positivista como para negar la existencia de principios, y por tanto para no necesitar una metodología aplicativa densa, ante la aparente claridad del Derecho positivo, una línea en la que podría situarse más bien, por ejemplo, FERRAJOLI. En este sentido, el autor subraya el papel protagonista que ha tenido la argumentación jurídica en la expansión del constitucionalismo contemporáneo (2017:357). Todo lo anterior matiza mucho la propuesta, aunque sigue alejada de nuestro planteamiento, que es la apertura de las fuentes y el reconocimiento de la discrecionalidad judicial precisamente para reducir la al mínimo mediante tales fuentes, sin que la transformación social sea para nosotros un criterio decisorio en sí mismo, sino a lo sumo un objetivo del legislador en las normas que el mismo ha dictado y que el Juez tiene que aplicar.

iusnaturalismo y el positivismo, sino también de la cuestionable amalgama que se denomina habitualmente neoconstitucionalismo⁴⁷⁸.

Esta propuesta se contrapone a diversos criticismsos, que son bastante menos moderados en su ataque a los modelos formalistas clásicos del ordenamiento jurídico, pero también en sus propuestas de ejercicio de la función jurisdiccional y su dimensión discrecional⁴⁷⁹. Es indudablemente cierto el fenómeno que se califica como disgregación normativa, que obliga a

⁴⁷⁸ En general, para una discusión sobre las nuevas vertientes en las que se viene ramificando el positivismo, vid. PIETRZYKOWSKI, T., GIZBERT-STUDNICKI, T. (2004): «Positivismos blandos y la distinción entre Derecho y moral», *Doxa*, n. 27, pp. 63-80. Como punto de gran interés, estos autores plantean que, para una concepción no positivista, el juez puede tener que aplicar también «estándares morales» (tal y como los denominan), es más, debe aplicarlos, so pena no ya de la amoralidad de su decisión si no los aplica, sino directamente de su antijuridicidad. Esto no significa que los «estándares morales» se encuentren -en el contexto actual de los Estados constitucionales de Derecho, pero tal vez sí fuera de él- en el vacío, sino que hoy los encontramos positivizados en la Constitución, que obliga directamente al Juez del caso concreto (2004:66). Como puede comprobarse, esto encaja muy bien con nuestra construcción teórica de la discrecionalidad originaria del Juez y su vinculación a las normatividades vigentes en su contexto social (morales primero, jurídicas después, primero sociales -costumbre-, luego estatales, internacionales y finalmente globales). Esto significa que, a medida que el Derecho objetivo va evolucionando, va incorporando la moral y se nutre de forma constante del debate ético, tanto en términos generales (el modelo ético que subyace al sistema) como para la resolución típica de los casos particulares, sobre todo para los llamados «casos difíciles». Y al mismo tiempo, esa evolución del Derecho va aumentando el número y relaciones entre las fuentes disponibles, lo cual incrementa la posibilidad de elección y de incorporación de soluciones para los problemas jurídicos, y sobre todo reduce la discrecionalidad del Juez, que tiene cada vez menos espacio para su autonomía -aunque éste, que como sabemos es originario, nunca termina de extinguirse-.

⁴⁷⁹ Un ejemplo de camino radical parece ser el que pretende seguir JARIA, J. (2015): «La identificación del derecho aplicable en un contexto normativo complejo», en A.A.V.V., *Diálogos sobre la justicia y los jueces*, en Barcelona: Justicia y Sociedad, pp. 89-117. Gran parte de su crítica se centra en el modelo burocrático de selección de los jueces en España que, aunque desde luego mejorable en muchos aspectos, no puede decirse propiamente que sea un sistema «conservador», por la sencilla razón de que -sin salir del contexto español- existen otros cuerpos con idiosincrasia burocrática que no son elegidos por ese sistema, y algunos elegidos por oposición con una fuerte tradición no formalista. Por otra parte, si el mecanismo de resolución de conflictos por parte del Juez requiriera realmente de una apreciación extensamente discrecional por parte de éste orientada a la transformación social (es decir, en la práctica, a los ideales de transformación social de cada Juez, por más que éstos se pretendan homogeneizar mediante un determinado sistema de formación que, por otra parte, tampoco sabemos por qué debe tener una cadencia fuertemente política, pues más bien parece que debiera no tenerla) entonces incurriríamos fácilmente en vicios de tutela por parte del propio Juez, pues como venimos argumentando, se trata precisamente de someter a control la discrecionalidad de éste, que debe ampliar sus mecanismos aplicativos más allá de la legalidad, pero siempre recurriendo al Derecho disponible en sentido amplio (desde costumbres o usos del comercio, también internacional, hasta las normas privadas supranacionales). Es decir, que si un Juez verdaderamente aprovechara un espacio de discrecionalidad para imponer su propia propuesta de transformación social, ignorando por ejemplo la *lex mercatoria* como norma aplicable -por ejemplo, porque no considera que esta norma sea tuitiva de los intereses que, de forma voluntarista, el propio Juez se ha propuesto defender- estaría indudablemente incurriendo en un vicio de tutela en el sentido en el que lo explicamos en su momento: el Juez no puede ignorar el Derecho aplicable, aunque sea extranjero o supranacional, siempre que la aplicación de éste se proponga por los medios procesales adecuados. Incluso cuando, acopiadas todas las normas aplicables a nivel estatal y supranacional, quede una laguna que se traduzca en un espacio de discrecionalidad del Juez, que nunca puede ser suprimida del todo con carácter general, el Juez deberá adoptar una cierta posición de «dogmático práctico», intentando que esa discrecionalidad justifique sus decisiones mediante la construcción de conceptos y categorías que se deriven del Derecho existente. Para esta labor, naturalmente, será fundamental el recurso a la dogmática académica, que ya habrá llevado a cabo gran parte de este trabajo. Pero en ningún caso debe el Juez emplear su discrecionalidad para adoptar decisiones políticas él mismo. En fin, no es este el problema de la función jurisdiccional. En último término, resulta difícil distinguir estas propuestas de la transformación social por arte de los jueces del uso alternativo del Derecho, si bien es cierto que -desacreditado ya el formalismo legalista más estricto- muchas de sus críticas son ya lugares comunes de la crítica del Derecho Público Global.

los jueces a resolver conflictos normativos de una complejidad antes desconocida entre multitud de normas internas -cada vez menos sistemáticamente ordenadas- y externas -internacionales y supranacionales- y que obliga a poner el foco no en el proceso subsuntivo y sí en la motivación de las resoluciones judiciales⁴⁸⁰.

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo en que el Juez ordinario se deba ver movido también por las «necesidades sociales» a las que se enfrenta como intérprete. Las necesidades sociales implican un juicio valorativo que no corresponde al Juez, y que no es idéntico a su discrecionalidad, que es una mera cuestión fenoménica. No se trata de que el Juez deba actuar aprovechando espacios de discrecionalidad para transformar la sociedad, sino todo lo contrario, se trata de reconocer que tales espacios de discrecionalidad existen siempre en la decisión judicial, porque el entramado normativo limita esta discrecionalidad originaria, pero nunca exhaustivamente, y una vez reconocido este hecho fáctico en un análisis objetivo y políticamente no vinculado, nuestra propuesta es, científicamente, constatar dónde aparecen esos espacios de discrecionalidad judicial, categorizarlos y someterlos a control. Una tarea que, aunque coincida con la propuesta transformativa -mucho más volcada en la *práctica* del Derecho- en la crítica al así llamado *positivismo legalista*⁴⁸¹ y la negación de la posibilidad de la existencia de la decisión judicial plenamente reglada -que es en lo que, en suma, consiste la concepción tradicional del principio de legalidad y la teoría aplicativa de la subsunción-, en realidad no tiene más elementos en común con ella, porque precisamente aquélla propugna el activismo judicial transformativo, y nosotros el control de la discrecionalidad judicial -aunque por métodos mucho más complejos, funcionales y abiertos que los clásicos, resumidos en los mecanismos interpretativos de SAVIGNY-.

Ni siquiera la tópica sirve para justificar esta línea de actuación, precisamente porque -como venimos defendiendo- la tópica no es en sí misma una forma de *hacer* Derecho objetivo sino una concepción científica de éste, que es inseparable de la sistemática, de manera que todo

⁴⁸⁰ En este sentido, JARIA (2015:114).

⁴⁸¹ Entendemos que, con esta expresión, el autor se refiere al concepto que nosotros hemos referido con el término «*legalismo*», que nosotros preferimos, pues el legalismo es -a nuestro entender- claramente positivista, pero en determinados momentos históricos (como en el racionalismo ilustrado -en ciertos argumentos como el fundamento humano y prejurídico de los derechos fundamentales- o en la segunda posguerra mundial) aparece también vinculado (al menos formalmente) al iusnaturalismo. Así, por ejemplo, el desarrollo civilista de la teoría de las fuentes del Derecho en España a mediados del siglo XX es nítidamente legalista, y por lo tanto su cariz positivista es difícil de negar, y sin embargo se justificaba formalmente en un iusnaturalismo de forma constante. En fin, *legalismo* suena también científicamente más neutro y menos parcial que el más despectivo *positivismo legalista*.

análisis del Derecho debe asumir que deberá convivir con las dos vertientes. Cuando hablamos del Derecho objetivo según el modelo del *Jano bifronte*, nos referimos precisamente a que -en un análisis fenoménico del Derecho- ambos elementos, tópico y sistemático, van a encontrarse siempre, sin que ninguno de ellos sea renunciable. Nuestra propuesta es que lo tópico debe reconducirse siempre al sistema, sin llegar al extremo de pretender que el sistema totalice el ordenamiento y acabe por negar la tópica como fenómeno -lo cual nunca deja de ser una ficción jurídica, porque la tópica existe como hecho jurídico, en el sentido de que multitud de órganos decisorios, no sólo judiciales, la emplean-. Pero tampoco se puede pretender lo contrario, es decir, que la tópica acabe por anular toda aspiración de sistema y por convertir el Derecho objetivo en un conjunto de *opiniones iuris* judiciales, menos aún si éstos asumen un activismo que, en un Estado constitucional de Derecho, no les corresponde. Nos parece, además, que nuestro modelo responde con mayor naturalidad a lo que, de hecho, sucede en los ordenamientos jurídicos -al menos en los que conocemos-, de manera que la jurisprudencia va engendrando soluciones tópicamente que luego el ordenamiento y la dogmática van sistematizando.

Aquí lo que subyace, a nuestro modo de ver, es una concepción de la discrecionalidad judicial diferente del modelo que nosotros venimos defendiendo. Para los autores críticos la discrecionalidad judicial es el producto del agotamiento del legalismo y un recurso útil para un Juez socialmente activo, e incluso políticamente activo (la propuesta de la transformación social es, sin embargo, más matizada, como ya hemos visto, aunque sigue siendo distinta de nuestra propia posición). A menudo algunas propuestas críticas parecen auténticos *espejos de jueces*, por referencia al género literario de la teoría política del *espejo de príncipes*: a éstos últimos se les pretendía construir como gobernantes -y, a menudo, también como jueces- y a los primeros se les pretende ahora construir como auténticos héroes sociales (y no sólo jurídicos). La inconcreción *a priori* de los principios jurídicos no permite la adscripción al Derecho libre, esto es un punto de partida insoslayable. Antes al contrario, induce a que estos sean integrados con las fuentes disponibles para el Juez. La frustración por no poder reconstruir constantemente estos principios en una tópica ideológicamente orientada (porque su propia naturaleza jurídico-sistemática no lo permite) es la causa del eterno retorno de las teorías críticas a axiomas aún más fundamentales y flexibles que los principios (y mejor orientados por tanto a un resultado prefijado de antemano) y esto a menudo conduce de nuevo a los

valores⁴⁸². Esta propuesta se mueve, por tanto, siempre en el terreno del deber ser. Para nosotros, sin embargo, la discrecionalidad originaria es una cuestión de hecho, siempre ha existido -incluso durante el imperio teórico de la legalidad- y debe abordarse introduciendo instrumentos para su control, además de los que ya existen (la Constitución, la Ley y el resto del ordenamiento). A este control coadyuvarían, por tanto, las normas privadas supranacionales, que se incorporarían al conjunto del Derecho disponible para su aplicación judicial y, por tanto, para el control de la discrecionalidad del propio Juez.

En suma, la pretensión de una acción transformativa por parte del Juez corre el riesgo de abolir la separación Estado-Sociedad, y resulta de una concepción a nuestro modo de ver desenfocada de la discrecionalidad judicial. De hecho, esta concepción puede incluso invertir también el orden natural de la síntesis: el Derecho objetivo sólo puede comprenderse como un producto formal que evoluciona adaptándose a un movimiento externo a él, a un mundo en el que los derechos fundamentales preexisten, de manera que cuando son recogidos en el Derecho objetivo son reconocidos por el legislador o por el Juez, pero nunca creados *ex nihilo* con un fin premeditado de transformar la Sociedad. Es mucho el poder que queremos poner en manos del Juez, nada menos que la defensa de la Constitución frente al Derecho Global, pero la defensa de una Constitución que recoge realidades éticas y políticas externas a ella misma -conforme a las cuales pondrá límites al Derecho Global y a las normas supranacionales- y no aquellas que emanan de la voluntad transformadora del propio Juez.

⁴⁸² Una teoría que ya suscitó, como es bien sabido, la reacción de SCHMITT, C. (1961): «La tiranía de los valores», *Revista de Estudios Políticos*, n. 115, pp. 65-81, entre otros autores (fundamentalmente discípulos suyos). ATIENZA critica duramente esta tesis schmittiana (2017:209), posiblemente porque ve en ella una crítica a su propio objetivismo moral; y está, seguramente, en lo cierto, con la salvedad de que -y en esto lleva razón el iusfilósofo español en su crítica al constitucionalista alemán- en la legalidad que la crítica a la teoría de los valores pretende defender subyace, sin duda alguna, también un determinado objetivismo. En esto es ciertamente muy difícil ya distinguir la tesis de ATIENZA de un iusnaturalismo, y seguramente de ahí nuestro acuerdo. Sin embargo, esto no invalida la crítica schmittiana a los valores, pues cuando se contraponen al Derecho disponible, lo que se pretende es subvertir el fundamento ético de éste por otro alternativo, lo cual en el contexto del Derecho emanado del Estado supone efectivamente sustituir la voluntad democrática (sin duda éticamente fundada) por un «*puro perspectivismo*» alternativo que se impone; ambas posiciones, objetivismo moral y crítica a los valores no son, a nuestro modo de ver, incompatibles, sino todo lo contrario, tiene pleno sentido su coexistencia, pues el objetivismo moral construye un sistema a partir de un axioma ético, en tanto que el perspectivismo valorativo intenta desvirtuar el funcionamiento natural de dicho sistema contraponiéndole *valores* cuyo juego es exclusivamente tópico. Por eso mismo a las normas privadas supranacionales no contraponemos jamás *valores*, pero sí un conjunto de principios constitucionales éticamente fundados.

3. El *judicial comity* y los mecanismos judiciales de control de las normas supranacionales

3.1. Modalidades de control

En la bibliografía existente sobre el Derecho Global, pueden distinguirse dos modelos diferentes de propuestas de control de la función normativa supranacional. En el primero de ellos se estudia la convergencia de los múltiples procedimientos globales entorno a determinados principios desarrollados en el Derecho público occidental⁴⁸³. Esta sería la solución explorada al proponer una serie de principios jurídicos como fundamento del ciudadano corporativo. En el segundo, se proponen mecanismos judiciales de control, bien del cumplimiento de estos principios bien de los principios de Derecho público interno del Estado de recepción⁴⁸⁴. Dos salvedades deben hacerse frente a esta dualidad. La primera de ellas es que ambos enfoques no son, obviamente, incompatibles, pero separamos ambos grupos de trabajo según prevalezca un elemento o el otro, de manera que nuestra propuesta se incardinaria en el segundo grupo. La segunda de estas salvedades es que, de entre los trabajos que -entendemos- pueden ser clasificados en este segundo grupo, todos ellos plantean soluciones *judiciales*, pero ninguno de ellos plantea exactamente nuestra solución. Veámoslo.

La primera de estas propuestas tiene en común con la nuestra meramente su carácter judicial. A partir de ahí, terminan las similitudes. Esta opción consistiría en abordar el control del Derecho Global desde un mecanismo que, por supuesto, ya está plenamente disponible para el juzgador nacional, al menos en los Estados de Derecho: se trata del control de las normas jurídicas internas (por lo general reglamentarias) que incorporan normas privadas

⁴⁸³ Es el caso de CASSESE (2009) y recientemente el fundamental trabajo de DELLA CANANEA (2016), entre otros muchos. En todo caso, abordaremos estos trabajos más abajo.

⁴⁸⁴ Con esta perspectiva pueden encontrarse, a nuestro entender, cuatro trabajos de referencia: HONGJU, H.K. (1991): «Transnational Public Law Litigation», *Yale Law Journal*, v. 100, pp. 2347-2402; SLAUGHTER (2004), SCHEPEL (2005) y D'ALTERIO (2011, 2017).

supranacionales⁴⁸⁵. Por descontado, esta opción es más que limitada: en ningún momento dejamos de controlar normas jurídicas internas. De hecho, en la práctica lo que más habitualmente se controla, tal y como demuestran los ejemplos, son los actos que aplican dichos reglamentos, y sus vicios de validez como consecuencia de una mala aplicación de la norma privada o «estándar», sin que éste sea casi nunca puesto en cuestión en tanto que tal. Esto no sólo no tiene -evidentemente- nada de novedoso, sino que nos nos provee de respuesta a la cuestión más importante y compleja: el control directo de la aplicación de normas privadas supranacionales, que como una mera cuestión *de facto* son aplicadas por los sujetos privados⁴⁸⁶.

3.2. Ejemplo. *Conchyliculture*

En otros puntos del trabajo el autor parece acercarse a nuestra tesis y habla de un cierto «control de legalidad» por parte del Juez de la adopción del «estándar» o norma privada, pero es claro que tal control no puede ser «de legalidad» sino que debe ser un control de principios constitucionales⁴⁸⁷. Sí que es interesante subrayar que, efectivamente y como señala el autor, el Consejo de Estado Francés parece haber propuesto el control judicial de la adopción de los estándares por la vía de su impugnación contencioso-administrativa, entendiendo que tales estándares tienen un carácter «reglamentario» y que no son «meras recomendaciones», pero lo ha hecho exclusivamente en el marco de los «estándares» adoptados por AFNOR. Así sucedió en el caso *Conchyliculture*, 14 de octubre de 1991, n. 90260⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Esta es la opción de control de los «estándares técnicos» que propone SCHEPEL (2005:129). Sin embargo, obsérvese que se refiere a un número limitado de casos (habitualmente provenientes de la jurisprudencia inglesa) en los que -como indicamos en el cuerpo del texto- el objeto de impugnación son actos que aplican erróneamente el «estándar» contenido en la norma reglamentaria nacional. En el caso referenciado, explica el autor que el BSI (*British Standard Institute*, autoridad competente para emitir tanto «estándares» como los certificados derivados de éstos en el Reino Unido, es decir, equivalente de AENOR o UNE) emitió un certificado viciado de nulidad, pues certificaba el cumplimiento con una determinada norma o «estándar» con unos medios técnicos que ésta no contemplaba. Naturalmente, esto no puede considerarse un control de la norma misma: la propuesta del autor nos sirve para perfeccionar el encaje de las normas técnicas recogidas en normas reglamentarias o reconocidas por el ordenamiento jurídico de forma directa, pero no para elaborar una teoría de su control judicial.

⁴⁸⁶ En cualquier caso, la crítica más habitual a este planteamiento de SCHEPEL sigue centrándose en el punto que nosotros queremos superar: la existencia de un lapso conceptual entre normas supranacionales y estatales, al no ser las primeras vinculantes; pero es cierto que esta propuesta sólo permite controlar las normas privadas supranacionales de forma indirecta e imperfecta. Sobre esta crítica vid. RÖHL (2007:341).

⁴⁸⁷ SCHEPEL (2005:134).

⁴⁸⁸ Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007778654>.

En el caso citado, una norma técnica adoptada por el Director de la citada Agencia regulaba determinados aspectos de la política pesquera, y fue impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa por una asociación profesional afectada. La Agencia pretendía, al parecer, la inimpugnabilidad del «estándar», precisamente en virtud de la ausencia de un carácter normativo, al tratarse de una «mera recomendación». En realidad, tal «estándar» era una norma jurídica emanada en el ejercicio del poder público por una autoridad investida de tal poder por la propia legalidad vigente, y por tanto resultaba impugnable en vía contencioso-administrativa, tanto directamente como por vía de excepción⁴⁸⁹. La pretensión de anulación -que se articuló mediante esta segunda de acción por vía de excepción o indirecta y argumentó sobre el fondo la existencia de desviación de poder- fue desestimada. Esta es, sin duda, una nueva decisión referente del Consejo de Estado Francés en el control de la actividad de la Administración -como tantas veces, desestimando la acción sobre el fondo pero instaurando un auténtico revulsivo jurídico en las cuestiones formales-. Sin embargo, es necesario hacer un *caveat*: la decisión no es directamente aplicable a las normas privadas supranacionales, donde el control directo no sería posible, pues no hay vía de impugnación en la legislación nacional frente a los ciudadanos corporativos; no vemos problema alguno, sin embargo, en su carácter pionero, siendo una decisión anterior al grueso del debate sobre el Derecho Global (pero adoptada en pleno debate previo, aquel que versó sobre las normas técnicas emanadas de organismos estatales). La vía de impugnación indirecta -que fue la empleada en el caso concreto- sí que abre una vía importante para el control de las normas privadas supranacionales cuando éstas son aplicadas por la Administración. En definitiva, nos encontramos ante un caso de referencia.

3.3. «Judicial Comity»

Una segunda línea ha sugerido una idea de gran interés. Se trata de la teoría del *Judicial Comity*. La idea del *comity* tiene su origen en el Derecho Internacional Público, y sería una

⁴⁸⁹ «Sur la recevabilité des conclusions dirigées contre la décision du directeur général de l'association française de normalisation : Considérant que, lorsqu'il homologue des normes, sur délégation du conseil d'administration de l'association française de normalisation, conformément aux dispositions de l'article 11 du décret n° 84-74 du 26 janvier 1984, le directeur général de cette association ne se borne pas à exprimer une recommandation destinée aux "partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux" mentionnés à l'article 1er dudit décret, mais prend une décision qui présente, en raison des effets qui y sont attachés, un caractère réglementaire; **qu'ainsi la légalité d'une telle décision peut être contestée devant le juge administratif, tant par la voie de l'action que par celle de l'exception**; que, par suite, la SECTION REGIONALE "NORMANDIE MER DU NORD" DU COMITE INTERPROFESSIONNEL DE CONCHYLICULTURE et M. X... sont fondés à contester, par voie d'exception, la légalité de la décision du directeur général de l'association française de normalisation, en date du 23 août 1985, homologuant la norme NF V 45-056 relative aux huîtres creuses, à l'appui de conclusions dirigées contre l'arrêté interministériel du 25 mai 1987 portant mise en application obligatoire de ladite norme».

derivada del deber de *ius cogens* de respeto a la soberanía estatal que exigiría en concreto el respeto a la legislación de terceros Estados⁴⁹⁰. Por extensión, el *judicial comity* sería el tipo específico de *comity* que exigiría el respeto a resoluciones judiciales extranjeras y la aplicación de mecanismos de cooperación judicial y diálogo entre tribunales⁴⁹¹. Sin embargo, a nuestro modo de ver, la *judicial comity* tiene una relación sólo tangencial con las normas privadas supranacionales. *Comity* es un concepto muy amplio y funcional en el que caben supuestos muy diferentes -como la citada autora desgrana a la perfección, incluso excluyendo algunos que podrían razonablemente podrían entrar como la cooperación judicial o la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras- pero que en todo caso se reconduce a un principio inicial de Derecho Internacional: el respeto a la soberanía de los Estados. La *comity* tiene un significado muy concreto, sea judicial o legal: significa que el Estado receptor de un conflicto normativo debe tener cierto respeto y cortesía hacia el Derecho o las resoluciones judiciales extranjeras⁴⁹². Pero verdaderamente este no es un principio aplicable a los ciudadanos corporativos en absoluto; por eso el análisis del *comity* se centra en las relaciones judiciales, porque sólo en las relaciones jurídico-públicas transnacionales puede funcionar. Decir que el Juez nacional le debe un «respeto» o *comity* a sujetos privados supranacionales equivalente al

⁴⁹⁰ En este sentido, vid. en general SHAW, M.N. (2008): *International Law*, Cambridge: CUP, p. 694. Aquí, *comity* aparece en uno de sus contextos habituales: en conflictos de extraterritorialidad normativa entre los Estados Unidos y la Unión Europea, y los intentos de resolverlos mediante determinados mecanismos de cooperación y reconocimiento mutuo. El *comity* se relaciona a menudo con la obra de un autor holandés del siglo XVII, Ulrik HUBER, pero su definición es, por así decirlo, escurridiza, vid. LORENZEN, E. G. (1919): «Huber's *De Conflictu Legum*», *Faculty Scholarship Series*, Paper 4563, pp. 375-418, Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4563 y YNTEMA, H.E. (1966): «The Comity Doctrine», *Michigan Law Review*, n. 65, pp. 9 y ss.. El *comity*, por otra parte, se ha puesto igualmente en relación con los conflictos de leyes, o puede decirse al menos que exige un sistema de conflictos de leyes que imponga un sistema de respeto a la Ley extranjera, vid. CHILDRESS, D.E. (2010): «Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws», *University of California, Davis*, vol. 44, pp. 11-79.

⁴⁹¹ En este sentido, SLAUGHTER (2004:86) afirma que «*in its best known judicial formulation, it means the respect owed to the laws and acts of other nations by virtue of common membership in the international system -a presumption of recognition that is something more than a courtesy but less than an obligation*». Por su parte, D'ALTERIO (2011:395) identifica un numeroso grupo de fenómenos bajo este concepto: «*(a) the recognition of the jurisdiction and implementation of decisions by judges belonging to supranational systems; (b) the dialogue between courts for solving transnational cases; (c) the resort to foreign or global law; and (d) in the cross-citation between courts belonging to different judicial systems*». La autora subraya que esta enumeración no es exhaustiva y que puede extenderse la calificación de *judicial comity* hasta a 80 grupos de casos. Sin embargo, vemos en el desarrollo del trabajo que todos ellos son supuestos de relaciones judiciales internacionales (es decir, interestatales) aunque algunas de ellas (como las de diálogo entre tribunales, tribunales regionales de derechos humanos o de organizaciones internacionales) puede calificarse como de Derecho supranacional o global *sensu lato*, pero no en el sentido conceptualmente restringido que nosotros manejamos. Esta autora ha desarrollado esta tesis en su obra de referencia, D'ALTERIO, E. (2010). Pero insistimos, el reto del Derecho Global no está en la construcción de un Derecho supranacional emanado de los órganos judiciales estatales y regionales, sino en el control de unas normas privadas no vinculadas territorialmente.

⁴⁹² En este sentido, uno de los primeros ejemplos del modelo del *legal comity* aplicado al ámbito de la litigación transnacional (que, de nuevo, no es exactamente idéntico a la litigación de Derecho Global) lo encontraremos en HONGJU (1991:2392).

que le otorga a resoluciones judiciales extranjeras sería verdaderamente poco admisible o creíble⁴⁹³.

Exactamente el mismo razonamiento vale para el reconocimiento mutuo no sólo de resoluciones judiciales sino también de actos o legislación, pues es una segunda derivada del principio de *comity*. Como tal, el reconocimiento mutuo exige que haya un conflicto entre dos legislaciones con el mismo nivel de legitimidad (estatal) y que ambas puedan ser reconocidas en el territorio del Estado contrario. Manifiestamente, no es esto lo que sucede en el Derecho Global: aquí los conflictos se producirían entre sistemas desiguales (el Estatal, democráticamente legitimado y en todo caso soberano, y un nivel supranacional pluralista en el que las normas son emanadas de sujetos privados) y no ha lugar a hablar de «reconocimiento mutuo», pues los ciudadanos corporativos no ostentan poder territorial alguno y por tanto no tienen nada que reconocer; en el Derecho Global el reconocimiento es unidireccional y se produce mediante la incorporación de una norma supranacional privada en el Derecho interno, que permite su acceso a un nivel territorial de aplicación, pero nunca al revés⁴⁹⁴.

⁴⁹³ No obstante, no hay que minusvalorar el interés de la tesis propuesta por la autora (D'ALTERIO 2011:396-7). El *judicial comity* sería el mecanismo de formación de un conjunto de reglas judiciales que conformaría una red de *legal comity*, es decir, de respeto jurídico a unas reglas comunes que constituirían, propiamente, el Derecho Global. Esta es una tesis cara a la escuela de CASSESE, a la que la autora pertenece, y que en sus resultados está emparentada con los planteamientos de este autor (2009, 2017, etc.) y DELLA CANANEA (2016). La autora distingue, además, este *legal comity* y la *judicial globalization*, que consistiría en la formación de una «comunidad de tribunales», aunque este segundo concepto, realmente, constituiría el sustrato institucional ineludible del *comity*. Estas distinciones, sin embargo, parecen a veces demasiado ficticias, y sobre todo desvía el foco sobre el auténtico Derecho Global, que es el producto normativo de entidades no-estatales y no el de autoridades judiciales, ni estatales ni internacionales. Siendo cierto que se van formando ciertos principios constitucionales globales, el control de tales principios deberá ser siempre estatal. De ahí que para nosotros el modelo, aunque judicial, debe ser muy diferente, porque su foco debe estar en el Estado y el ordenamiento jurídico nacional como espacio de vigencia de los principios constitucionales democráticos y no en un nivel de vagas reglas supranacionales que controlan otras reglas supranacionales: el Juez nacional debe controlar las normas privadas supranacionales mediante su propio Derecho interno, pero eso sí, conforme a principios que van siendo progresivamente universalizados, y tal universalización es la función del *comity*, que sin embargo no es la respuesta definitiva al problema del Derecho Global.

⁴⁹⁴ Sobre el reconocimiento mutuo como técnica para resolver conflictos intersistémicos, vid. NICOLAIDIS, K. y SHAFFER, N. (2005): «Transnational mutual recognition regimes: governance without global government», *Law and Contemporary Problems*, v. 68, pp. 263-317; DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2010): «Libertad de establecimiento y de servicios, ¿reconocimiento mutuo o país de origen?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 146, pp. 221-246 y AGUDO GONZÁLEZ, J. (2015): «La Administración del reconocimiento mutuo. Un análisis a partir de la libre circulación de profesionales... hasta la unidad de mercado», *Revista de Administración Pública*, n. 197, pp. 345-398 por citar algunos. Hay que ser conscientes, sin embargo, de los límites de este método en el Derecho Global, donde será necesario construir una teoría de la recepción diferente que se adapte bien a la unidireccionalidad que caracteriza esta disciplina. Esta teoría será lo que nosotros llamamos el procedimiento de legitimación, como mecanismo judicial de control de las normas privadas supranacionales asimilándolas al Derecho extranjero.

Por contra, la respuesta que damos en el presente trabajo es más sencilla: elaboramos una teoría jurídica -no específicamente de Derecho Internacional- para que se trate a las normas privadas supranacionales en el Derecho interno como al Derecho extranjero, pero con mayores mecanismos de control y legitimación. Aquí no hay un deber de *comity* del Juez nacional, sino una pura discrecionalidad del soberano de permitir o no el reconocimiento y eficacia del Derecho ajeno a su propio sistema jurídico⁴⁹⁵. Sería, por así decirlo, un *judicial comity* abstracto, un deber de respeto del Juez no sólo a los organismos supranacionales (arbitrales, ciudadanos corporativos) sino a las propias partes del proceso, que han confiado en estas instituciones. Y, en todo caso, sería un *comity* limitado y sometido al control del propio Juez, y en ningún modo tan extenso como el *comity* presente en las relaciones de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, por ejemplo⁴⁹⁶. Tal vez, y siguiendo una caracterización bien conocida en el Derecho anglosajón, podría identificarse este *judicial comity* «impropio» más bien con un supuesto de *déference*, es decir de abstención del Juez en la sustitución de un órgano experto en la adopción de una decisión estrictamente técnica, asumiendo un control de legalidad de la decisión (o, en el caso de las normas privadas supranacionales, de constitucionalidad) meramente basado en situar límites infranqueables

⁴⁹⁵ Examinando la aplicación del Derecho Internacional Público por parte del Juez nacional, se ha dicho que «los Estados gozan de una amplia libertad discrecional en materia de aplicación o inaplicación de las normas jurídicas internacionales, y de ahí que la administración de justicia por los órganos internos se esté erigiendo en un importantísimo medio de control de tal poder estatal» (IGLESIAS VELASCO, A. (2018): *El Juez estatal ante el Derecho Internacional*, Cizur Menor: Aranzadi, p. 21). Es la tesis de este autor la que nosotros hacemos extensible al Derecho Global y las normas privadas internacionales: que el Juez nacional, ante el Derecho Internacional -pero también ante el Global- debe ocupar el papel de control que tiene atribuido en el contexto del Derecho Europeo, que de nuevo nos sirve como modelo de construcción dogmática de un orden jurídico supranacional. Lo que no debe perderse de vista, es este segundo punto que estamos subrayando: al mismo tiempo que el Juez nacional debe controlar las normas jurídicas de orden supranacional, estas mismas normas sirven como elementos reglados de control de la propia actividad del Juez. Esto es, en la práctica, lo que se produce en la aplicación de toda norma jurídica por parte del Juez, un ejercicio simultáneo de control de la actividad del Juez por la norma, de la propia norma por parte de este y de la actividad del Estado por parte del Juez, en un juego tridireccional.

⁴⁹⁶ A pesar de ello, de que no existe ningún deber de *comity* de aplicación de normas internacionales o supranacionales-globales por parte del Juez nacional, es un hecho reconocido que la cita y aplicación de estas normas incrementa las garantías del ejercicio de la jurisdicción frente a los ciudadanos. Estos ejemplos son especialmente abundantes en Estados en desarrollo, donde la aplicación directa del Derecho Internacional puede cumplir una función progresiva colmando lagunas o forzando la aplicación conforme del Derecho interno. Así, se ha propuesto el ejemplo de algunos Tratados Internacionales en materia ambiental como las Convenciones de Estocolmo de 1972 o la de Río de 1992, que han tenido aplicación directa o interpretativa por parte de los Tribunales Supremos de la India o Sri Lanka (IGLESIAS VELASCO, 2018:85). La misma utilidad puede encontrarse en la aplicación de normas privadas supranacionales del Derecho Global, como veremos inmediatamente con el ejemplo de la *lex mercatoria*.

para el acto, decisión o norma técnica fundados en decisiones del Estado de Derecho, pero nunca sustituyendo a estos órganos y adoptando el propio Juez una decisión sobre el fondo⁴⁹⁷.

Igualmente, el Juez nacional, al aplicar las normas privadas supranacionales, introduce elementos de control de su propia discrecionalidad, por lo que la aplicación del Derecho Global se justifica igualmente en la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) pues permite que la tutela judicial de las partes se maximice al reducir la intervención del Juez en una cuestión técnica que ya ha sido resuelta por una norma privada que las propias partes (o al menos una de ellas, justificadamente) pretenden aplicar⁴⁹⁸. De ahí que la norma privada supranacional, como decíamos en otro lugar, se constituya en una regla de conducta más de la discrecionalidad judicial originaria, que se suma a la legalidad y no necesariamente se opone a ella. Efectivamente, frente a la concepción del Juez como aplicador subsuntivo de la Ley, que aparentaba reducir al mínimo la discrecionalidad de éste, pero que en la práctica la potenciaba, se alzó desde los primeros momentos del desarrollo de la jurisprudencia

⁴⁹⁷ La doctrina de la *deference*, de sumo interés, ocupa un intenso debate en el Derecho Administrativo inglés, como puede comprobarse en cualquiera de los Tratados de referencia (vid. por ejemplo WADE y FORSYTH, 2009:308-312, que en general son bastante escépticos con el juego de esta doctrina). En España, ha recogido este concepto de deferencia ARIÑO (2010:28), aportando una explicación muy clara de su significado: «*Los Jueces británicos han practicado lo que se llama «principio de deferencia» en materia de control de los reguladores. Han decidido, en negocios por lo general complejos, que es mejor respetar la esfera de atribuciones del regulador, sin enmendar sus criterios respecto al modo de resolver los problemas. Es una manifestación más de la abstención generalizada de la judicatura en materia de regulación económica, basada en las especiales cualidades que se le suponen a la autoridad reguladora (su alto grado de expertise, la formación especializada y los servicios de estudios que ordinariamente les asisten, su dedicación al sector y la mayor flexibilidad que reviste el modo de actuación de estas autoridades, lo que les permite integrar mejor los intereses en juego). Y, sobre todo, se basa en la idea de que las potestades públicas, con la discrecionalidad que conllevan, les han sido conferidas precisamente a ellos por el Parlamento, sin que los Jueces deban, como ya he dicho, sustituir los criterios de valoración que aquéllos apliquen por los suyos propios. Ésta es la principal línea de argumentación. Una segunda línea argumental en la que los Tribunales británicos han fundamentado su trato «deferente» hacia el regulador es un principio de eficiencia administrativa; entienden que la intervención jurisdiccional paralizaría la actuación eficaz y oportuna de la Administración y atentaría contra la seguridad de los negocios y transacciones, lo que se vería agravado por la incapacidad de los Tribunales para medir las consecuencias indirectas o policéntricas de sus sentencias, con efectos para terceros. Esto resulta especialmente grave en el ámbito financiero y crediticio, basado en la confianza y en la seguridad, lo que requiere soluciones inmediatas y firmes»*». Como es evidente, no puede decirse que haya ninguna atribución legislativa de potestades de intervención a los ciudadanos corporativos, por tanto el argumento no es extrapolable *in toto* -como sucede igualmente en el caso del *comity*-. Sin embargo, sí que constituye una aproximación suficiente hablar de una *deferencia* de los Jueces nacionales hacia los ciudadanos corporativos y sus normas privadas supranacionales en un sentido técnico, siempre y cuando el Juez nacional conserve su atribución fundamental, la del control de la constitucionalidad de tales normas en el procedimiento de legitimación, es decir, un control de límites idéntico al aplicado en el Derecho estatal, aunque no fundado en el principio de legalidad, sino en un conjunto de principios constitucionales.

⁴⁹⁸ Por este motivo, precisamente, el rechazo de doctrinal, pero sobre todo por parte de los propios Jueces de la aplicación del Derecho Internacional, y por extensión, aún mayor, del Derecho Global, por no ser sus normas estrictamente internas y estatales, debe ser superado por el reconocimiento de la utilidad de estas normas, como ya se ha demostrado mediante su aplicación en ordenamientos jurídicos en vías de desarrollo, más abiertos a los avances que una política jurídica global puede aportar a sus doctrinas. Este aperturismo y enriquecimiento el que debe entender el Juez nacional, y no sólo no rechazando la aplicabilidad directa de resoluciones obligatorias de Organizaciones Internacionales (IGLESIAS VELASCO, 2018:137), que son el supuesto más comprensible, por conocido en el Derecho Internacional, de manifestación del Derecho Global -pues como se ha visto extendemos el calificativo de normas privadas supranacionales a aquellas de las Organizaciones Internacionales por su naturaleza no directamente estatal- sino a todas las normas supranacionales.

constitucional la idea de que tal discrecionalidad podía ser controlada desde la jurisdicción constitucional mediante elementos de contraste, especialmente los derechos fundamentales⁴⁹⁹. Pues bien, las normas privadas supranacionales, como patrones de control de la discrecionalidad judicial y elementos de garantía de la tutela judicial, a su vez controlados por el propio Juez mediante su control constitucional⁵⁰⁰, coadyuvan a completar este edificio de controles bidireccionales. Por tanto, entendemos que no hay, en la práctica, argumento teórico para excluir *a priori* la eficacia objetiva de las normas privadas supranacionales en el territorio del Estado.

3.4. Ejemplo. Corte Constitucional de Colombia

Como venimos diciendo, la aplicabilidad directa tanto de las normas de Derecho Internacional como supranacional no debe ser anatema para los jueces nacionales, sino una práctica asumida con naturalidad como complemento al Derecho interno, ya sea con una función interpretativa o de cubrir una laguna, pero en todo caso con la utilidad de restringir la discrecionalidad judicial. Esta mentalidad judicial, como ya hemos dicho, se ha dado más bien en los órganos jurisdiccionales de Estados en vías de desarrollo, o desarrollados pero con un potencial de desarrollo todavía muy importante. Esto no significa que no sea necesario implantarla por parte de los jueces nacionales de Estados desarrollados y con ordenamientos jurídicos muy evolucionados y coherentes -si es que lo son- sino todo lo contrario, significa sencillamente que los jueces nacionales, en ordenamientos de menor peso histórico, son más permeables a los avances del Derecho internacional y global.

⁴⁹⁹ En este sentido, vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L. (1983): «Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial», *Revista de Administración Pública*, n. 100-102, 1083-1099, p. 1092. Vid. también en general sobre este problema BAÑO LEÓN, J.M. (2004): «La Administración frente al Juez en el Estado Constitucional: la evolución del Derecho Administrativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 349-366. En el papel clave de los derechos fundamentales en el control de las normas privadas supranacionales, no hay que olvidar nunca su vertiente institucional (vid. BÖCKENFÖRDE (1993:53), que es en suma la que justifica su papel en el procedimiento de legitimación: no sólo para la protección de los derechos fundamentales de las partes en el proceso judicial en cuestión, sino también para aportar garantías a la recepción de la normativa supranacional e investir a ésta con la pátina de legitimación necesaria.

⁵⁰⁰ Esta idea del Derecho Global como un ámbito de «doble control» es ya casi un tópico de la doctrina del *Global Administrative Law*. Una afirmación muy similar a la nuestra se ha realizado en un contexto más amplio que éste, es decir, el de las relaciones Estado-poderes globales, pero puede hacerse igualmente extensible a lo que, en puridad, es un supuesto particular de aquéllas, las relaciones Juez nacional-normas privadas supranacionales. Así, se ha observado que «*Global regulatory regimes promote a combination of vertical and horizontal integration, and as such shape national regulation and administration. This bridges the effectiveness gap of states, as long as states may acquire the opportunity to control foreign regulation that has an impact within their own borders. At the same time, global regulatory regimes reduce the (external) accountability deficit of states, as long as states are required to regulate within their territory while taking outsiders' interests into account. Thus, global regulatory regimes proliferate because they are the main institutional answer to globalization*» (BATTINI, S. (2017:53). Como puede comprobarse, esta es una descripción muy clara del modelo que proponemos, si bien nuestra propuesta intrapola esta teoría general de las relaciones Estado-globalidad al nivel del control judicial nacional de las normas supranacionales.

Este fue el caso en la singular Sentencia C-1008/2010 de la Corte Constitucional de Colombia⁵⁰¹. En el supuesto en cuestión, la Corte Constitucional Colombiana ejerce su potestad de máxima intérprete de la Constitución interpretando el artículo 1616 del Código Civil Colombiano, que regula la responsabilidad del deudor en la generación de perjuicios en materia contractual. Lo interesante del caso es que la Corte introduce un mecanismo de interpretación conforme en el que recurre tanto a una norma de Derecho Internacional, el artículo 74 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, como a una norma privada supranacional de Derecho Global, el artículo 7.4.4 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, es decir, la *lex mercatoria*. En virtud de esta interpretación conforme, se salva la constitucionalidad de este artículo, lo que en el lenguaje constitucional colombiano se denomina *exequibilidad* (es decir, la confirmación de la vigencia del precepto de rango legal en virtud de su constitucionalidad⁵⁰²).

Así, el artículo 1616 del Código Civil Colombiano afirma lo siguiente:

«Artículo 1616.- Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios:

*Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; **pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento** [...]*».

Los recurrentes, que planteaban la inconstitucionalidad del precepto -conforme a las reglas de procedimiento aplicables a la Corte Constitucional Colombiana- argumentaban que éste era contrario a diversos preceptos de la Constitución de aquel país, en suma: el derecho

de su acreedor a recibir una reparación integral (Preámbulo de la Constitución Política de aquel País); el derecho a la dignidad humana (artículo 1 de la CP); igualdad (artículo 13 de la

⁵⁰¹ Sentencia disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-1008-10.htm>. Para un comentario de esta sentencia, vid. FIGUERA VARGAS, S.C. y ANAYA TORRES, M.A. (2018): «Sentencia No. C-1008/2010 de la Corte Constitucional de Colombia y su fundamentación en la Lex Mercatoria», *Ius et Veritas*, n. 57, pp. 30-42.

⁵⁰² La opción contraria sería la *inexequibilidad*, que según los propios autores colombianos «*implica la inejecutabilidad o cese forzado de la vigencia de una norma cuando el órgano competente decide retirarla del orden jurídico por ser ésta contraria a la norma fundamental*» (HERNÁNDEZ GALINDO, J. G. (2013): *El concepto de inconstitucionalidad en el derecho contemporáneo*. Bogotá: Temis, p. 73, citado por las autoras del comentario jurisprudencial), sin que quede claro para nosotros si esta situación se referiría propiamente a una nulidad de pleno Derecho o a una mera inaplicación, pues esto va a depender de los poderes que se le reconozcan a la propio Corte Constitucional en la Constitución de Colombia.

CP); acceso a la administración de justicia (tutela judicial efectiva) pues este derecho estaría garantizado solo formalmente y no de manera efectiva o material (artículo 2 de la CP) y derecho a la propiedad privada (artículo 58 de la CP).

Frente a esto, la Corte Constitucional Colombiana opta por el citado criterio de interpretación conforme, que le lleva a reconocer que existe una regla similar en las citadas normas inter y supranacionales. La dicción literal del artículo 74 de la Convención de Viena es la siguiente:

«La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato».

Y el correspondiente artículo artículo 7.4.4 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, afirma a su vez que:

«(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato».

Pues bien, es la interpretación conforme del precepto colombiano con ambos preceptos internacionales la que sirve a la Corte Constitucional Colombiana para afirmar la constitucionalidad de la norma interna, y por el camino hasta este cruce, para afirmar igualmente la aplicabilidad directa de dos normas, una internacional y otra supranacional, en el ordenamiento jurídico interno, sin detenerse en interpretaciones estrictas del sistema de

fuentes estatal y sin cerrarse por tanto a nuevos fenómenos jurídicos⁵⁰³. Esta Sentencia es, probablemente, el mejor ejemplo de la vía que proponemos en el presente trabajo, y con él puede darse una comprensión holística de nuestra propuesta.

3.5. Ejemplo. Artículo 1124 CC

Como apreciación final, debemos observar que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, también hay referencias (aunque vagas) a ese poder integrador de la *lex mercatoria*, aunque se intenta vincular siempre a la adopción de una norma internacional mediante tratado por parte del Estado español. Así, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, 1062/2006 de 31 octubre (RJ 2006\8405) y 1000/2008 de 30 octubre (RJ 2008\5806), en el contexto de la aplicación del artículo 1124 del Código Civil, ha dicho textualmente lo siguiente:

«En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé

⁵⁰³ Merece la pena reproducir aquí la explicación que las autoras dan del recurso a estas normas por parte de la Corte Constitucional Colombiana, que aunque apegada a su contexto jurídico particular, es igualmente válida para la teoría general que nosotros proponemos. Así, afirman que *«Vale recalcar que la Corte Constitucional colombiana en el ejercicio de este control, utilizó, entre otros aspectos, la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT como parámetros de referencia para determinar la constitucionalidad del precepto mencionado. Esta potestad puede explicarse considerando el artículo 230 de la Carta Política, el cual establece que “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.* En relación a los diversos criterios auxiliares que establece el artículo en mención, se debe aclarar que su enumeración no tiene sentido taxativo» (FIGUERA y ANAYA, 2018:39). En realidad, esta tesis es extensible a cualquier otro ordenamiento jurídico, también al español: no puede pretenderse seriamente afirmar la taxatividad del artículo 1 del Código Civil español en el diseño o reconocimiento de las fuentes del Derecho. Eso es sencillamente imposible, para una norma del ordenamiento jurídico español y para cualquier otra. La fuentes del Derecho son aquellas que vienen a imponerse de facto, y en este sentido realista la positividad de las fuentes globales es indudable. Cosa distinta es su fundamento en determinados principios jurídicos immanentes (es decir, si existen tales principios más allá de la Ley positiva, pero que ésta debería respetar), así como la función de la legalidad (en este caso, del artículo 1 del Código Civil español) en el control de la discrecionalidad judicial, limitando su acceso a fuentes del Derecho a aquellas que el legislador determina. A la primera de las salvedades puede responderse que, efectivamente, la existencia de tales principios es defendible. Y a la segunda debe decirse sencillamente que ya resulta difícil afirmar la existencia de una limitación de fuentes tan severa como la que el legislador español pretendió en la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974: afirmar, por tanto, la existencia de fuentes del Derecho alternativas y útiles -como demuestra este caso- no sólo no es un atentado contra la legalidad, sino un complemento necesario de ésta. En el caso se aprecia perfectamente también el objetivo de autolimitación de la Corte Constitucional Colombiana en el recurso a ambas fuentes, en el sentido de limitar su discrecionalidad y asegurar una mejor tutela judicial efectiva mediante el recurso a patrones normativos objetivos de conducta para justificar su decisión final, aún cuando éstos sean externos al sistema. Decisión esta que resulta, a nuestro juicio, más justificable que un ejercicio de amplia discrecionalidad en la valoración de la constitucionalidad del precepto que, sin embargo y según los parámetros europeos continentales, la Corte Constitucional Colombiana podría haberse permitido. En definitiva, exactamente lo que nosotros proponemos en el presente trabajo.

motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.

*El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria* [Ley comercial] (sic en la Sentencia) comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretende ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica».*

Esta es una aplicación de la *lex mercatoria* digna de ser celebrada, y constituye una razonable aceptación del fenómeno global en los términos que estamos examinando, si bien primitiva. Es evidente que los argumentos jurídicos del Tribunal Supremo se quedan cortos. Por un lado, el anclaje de las normas internacionales en un acto de consentimiento del Estado en el que van a ser aplicadas no siempre es posible; por otro, ya sabemos que las normas supranacionales sencillamente desbordan este esquema. Por último, el intento de reconducir esta aplicación de una norma supranacional al «mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica» (la norma es socialmente reconocida y por tanto pertenece a la «realidad social») es simplemente muy forzado y poco convincente, sólo comprensible como contexto de justificación del Juez español *in concreto*, como recurso al artículo 3.1 del Código Civil español y sus principios savignianos, venerables en sí mismos pero insuficientes para entender todo el fenómeno del Derecho contemporáneo, y más aún si no se admite una cierta flexibilidad dogmática en ellos y se interpretan estrictamente en su versión «congelada» en el rango de Ley ordinaria. Pero es, en todo caso, una reflexión de referencia para sugerir la apertura del Juez español al fenómeno de lo global.

4. La tutela judicial efectiva en la aplicación de las normas privadas supranacionales

Para culminar esta construcción, entendemos que es también posible anclar la aplicabilidad de las normas privadas supranacionales en el Derecho nacional en un principio constitucional mismo. Es decir, no sólo la norma privada supranacional que va a recibirse será sometida al control de principios constitucionales, y a su vez se aplicará por el mecanismo aplicativo del Derecho Extranjero, sino que en su aplicación por el Juez nacional integra un principio constitucional interno. Ese principio es, naturalmente, la tutela judicial efectiva. En

cualquiera de sus referencias normativas (artículo 6 CEDH, artículo 47 CEDDFF, artículo 24 CE) la aplicación de la norma privada supranacional no sólo servirá para controlar la discrecionalidad, primero administrativa, introduciendo un criterio técnico, y luego judicial, evitando la arbitrariedad en la toma de decisiones de ambos. En el caso de éste último, el Juez además integrará la tutela judicial efectiva de la parte que suplica la aplicación de la norma privada supranacional al considerar ésta admisible en el ordenamiento interno. Esto es, en cierto modo, lo que sucede con las sentencias anteriores: al reconocer los órganos jurisdiccionales nacionales que determinadas normas supranacionales son aplicables, están ampliando los mecanismos de tutela, además de integrar el Derecho interno para reducir su propia discrecionalidad judicial. Por tanto, y con carácter general, se puede decir que la aplicación de las normas privadas supranacionales tendría también un anclaje constitucional.

4.1. Ejemplos de la jurisprudencia del TEDH y el TC

Para ilustrar este argumento, vamos a intentar explicar como, en determinados giros de la tutela judicial efectiva, ésta puede vincularse a la aplicación de la norma jurídica elegida por una de las partes. Es decir, aquí el foco no lo situamos en el problema de que la norma privada supranacional viole un principio constitucional interno (v.gr., la propia tutela judicial efectiva, véase el caso de la Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, 18ª Sala de lo Civil, de 29 de agosto de 2018, asunto 2016/AR/2048, que citamos más abajo) sino en sentido contrario: la propia aplicación de la norma privada supranacional integrará la tutela judicial efectiva, siempre después de haber sido sometida a control mediante el procedimiento de legitimación.

En la práctica consolidada de los órganos jurisdiccionales, esto nos lleva de nuevo al modelo del Derecho Internacional Privado e incluso al Derecho privado contractual estrictamente interno, de manera que demostremos que el reconocimiento de la elección de una norma aplicable del Derecho extranjero (según el modelo que proponemos, *ex* artículo 281.2 LEC) como Ley aplicable en un procedimiento judicial de un segundo foro es a su vez una manifestación de la tutela judicial efectiva.

Sí que parece claro en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la aplicación del Derecho objetivo extranjero está amparada por la protección del Convenio cuando viene vinculada a un derecho específico. Así, por ejemplo, la aplicación del Derecho extranjero estaría protegida en virtud del artículo 8 del Convenio (derecho al respeto de su

vida privada y familiar) cuando un Estado miembro se opone al reconocimiento de una resolución judicial firme extranjera (norteamericana) que resuelve favorablemente la adopción de un niño a favor de un ciudadano griego, sacerdote ortodoxo de profesión⁵⁰⁴. En este caso, el Tribunal Superior de Atenas denegó el reconocimiento de tal resolución judicial norteamericana argumentando que violaba su propio orden público y «moralidad» (sic). El órgano judicial denegó el reconocimiento porque el Derecho Canónico ortodoxo aplicable al adoptante le impedía, teóricamente, el ejercicio de las funciones y la titularidad de las potestades paterno-filiales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos encuentra que esta decisión constituye una violación del citado derecho del Convenio (derecho que había sido invocado específicamente por el demandante).

El interés se encuentra en extrapolar este supuesto particular al conjunto de supuestos de aplicación del Derecho extranjero que, además de poder cada uno de ellos vincularse al ejercicio y amparo de determinado derecho fundamental, lo serían todos ellos también y de forma subsidiaria a la tutela judicial efectiva. Afortunadamente, en el Derecho español, sí que hay fundamentos para afirmar esto. Una cierta jurisprudencia constitucional nos permite afirmar, al menos, que la aplicación del Derecho extranjero por el mecanismo vigente en el Derecho procesal interno (actualmente, el tantas veces mencionado artículo 281.2 LEC) sí que constituye una manifestación clara del derecho a la tutela judicial efectiva -susceptible, como veremos, de amparo-, al menos, como una vertiente del derecho de acceso a la prueba, y además se va a exigir una interpretación amplia de éste. A partir de este punto aserto en la jurisprudencia constitucional, nuestra construcción propone que la aplicación del Derecho extranjero constituye en sí misma una manifestación de tutela de los derechos fundamentales, bien de un derecho específico si puede asociarse a éste (en el caso anterior, la vida privada y familiar) bien, en todo caso y con carácter subsidiario, de la tutela judicial efectiva, pero no sólo en su vertiente del acceso a la prueba, sino también en el de derecho a una resolución debidamente motivada en Derecho.

Así, el Tribunal Constitucional español se ha enfrentado⁵⁰⁵ a un supuesto de aplicación del Derecho civil extranjero, de nuevo, en una materia que, en su dimensión de mera legalidad, era de Derecho de Familia. En los hechos, la demandante, de nacionalidad armenia y residente en Bilbao, presentó ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de separación

⁵⁰⁴ STEDH (Secc. 1ª) de 3 de mayo de 2011, *Caso Negrepontis-Giannisis contra Grecia*, TEDH 2011\43.

⁵⁰⁵ STC núm. 10/2000, de 17 enero (RTC 2000\10).

matrimonial de su marido, también armenio y residente en la misma ciudad. La dificultad del caso estribaba en que el matrimonio había sido celebrado bajo el régimen jurídico vigente en Armenia en un momento anterior, lo que remitía al Código Civil de la URSS. Esta era la norma aplicable a la relación jurídica matrimonial.

La demandante, haciendo constar ante el órgano judicial la dificultad de recabar prueba de tal norma (al parecer, ni siquiera existía un traductor jurado de ruso en Bilbao en aquel momento) presentó finalmente una traducción que, al no estar firmada y carecer -según el Juzgado de Primera Instancia- de toda acreditación incluso sobre el ámbito de vigencia del citado Código Civil soviético, resultó en la desestimación de la demanda. Recurrida la sentencia en apelación, la demandante ahora apelante vio de nuevo desestimada su pretensión en la Audiencia Provincial, esta vez ante un recibimiento a prueba claramente distinto del anterior -como subraya el Tribunal Constitucional- pues fue la Audiencia Provincial de Vizcaya la que ofició una primera comisión rogatoria al Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Armenia, solicitando y recibiendo de vuelta la prueba necesaria para demostrar la vigencia del Código Civil soviético en Armenia en el momento de celebración del matrimonio. Faltando sin embargo traducción al español del mismo Código, la Audiencia Provincial no subsanó el error con una segunda comisión rogatoria, lo que resultó en la desestimación de la demanda y, consecuentemente, en la violación de la tutela judicial efectiva de la demandante.

Así, explica el Tribunal Constitucional que:

«El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con una respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude ante ellos para la defensa de sus intereses. Cabe, en consecuencia, constatar la vulneración de este derecho fundamental cuando se priva a su titular del acceso a la jurisdicción; cuando, personado ante ella, no obtiene respuesta; cuando, obteniendo respuesta, ésta carece de fundamento jurídico o dicho fundamento resulta arbitrario; o cuando, obteniendo respuesta jurídicamente fundamentada, el fallo judicial no se cumple (por todas, SSTC 324/1994, F. 2; 24/1999, 8 de marzo, F. 3, y las allí citadas).

En ocasiones, la respuesta del órgano judicial, aunque fundada en derecho y formalmente motivada, puede resultar viciada de raíz al resultar arbitraria por responder al mero voluntarismo del órgano judicial, actuando sin razón ni fundamento jurídico alguno (STC 160/1997, de 2 de octubre, F. 7). Tal efecto puede tener lugar cuando la actuación del órgano judicial (o su pasividad, según los casos) es la que provoca, precisamente, una

efectiva denegación de Justicia, al adoptar una decisión apoyada aparentemente en las leyes procesales que rigen su proceder, pero que carece de toda razonabilidad o responde a la discrecional voluntad del órgano judicial, quien emplea la norma jurídica como pretexto para zanjar una cuestión litigiosa según su exclusivo criterio, que no por más formalmente razonada que esté, dejaría de ser contraria a las garantías del art. 24.1 y 2 CE, al soslayar, cuando menos, su obligación como Poder Público de tutelar los derechos fundamentales de quienes se ven involucrados en su proceder jurisdiccional. Este podría ser el caso de aquella situación en la que es el propio órgano judicial quien con su actitud frustra la práctica de determinada prueba de parte, que previamente ha declarado pertinente (accediendo, además, a colaborar en su consecución), con la consecuencia de impedir que quien la propuso, y solicitó su colaboración en su práctica, quede privado de un medio de prueba pertinente para su defensa, y provocando con ello la desestimación de sus pedimentos.

*En estos supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, pues en multitud de ocasiones ha dicho este Tribunal que el derecho fundamental a **la tutela judicial efectiva no garantiza un pronunciamiento acorde con las pretensiones de la parte, sino una resolución fundada en derecho** (STC 55/1993, de 15 de febrero y ATC 148/1999, de 14 de junio. **Lo decisivo es que la desestimación de la pretensión de la parte sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en derecho una efectiva denegación de Justicia** (por todas, SSTC 1/1996, de 15 de enero, 217/1998, de 16 de noviembre y 183/1999, de 11 de octubre) . Así puede suceder en el caso de que ese derecho fundamental previamente vulnerado haya sido el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, causando el órgano judicial indefensión a la parte al desestimar sus pretensiones por no haberlas demostrado, cuando no se pudieron acreditar , precisamente porque ese mismo órgano judicial truncó irremediablemente la correcta práctica de su prueba (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, 221/1998, de 24 de noviembre y 183/1999, de 11 de octubre)» (FJ 2).*

Merece la pena haber traído aquí esta referencia completa porque, aunque son doctrina más que consolidada y sobradamente conocida del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la tutela judicial efectiva, mencionan probablemente todos los posibles puntos de quiebra en la tutela de las partes en los que puede incurrir el órgano judicial interno en el rechazo a la aplicación del Derecho extranjero y, por extensión, de las normas privadas supranacionales. El rechazo u objeción injustificada o falta de una adecuada cooperación por parte del órgano judicial (que «con su actitud frustra la práctica» de la prueba) son sólo algunas posibles causas de esta violación en la tutela. En el texto referenciado el Tribunal Constitucional deja claro, en

nuestra opinión, que la enumeración que presenta es sólo ejemplificativa: la inaplicación, debidamente rogada, del Derecho extranjero por parte de un órgano jurisdiccional ordinario interno en un supuesto en el que éste resulta aplicable -según, incluso, las propias reglas del Derecho Civil español, en este caso, *ex* artículo 12.6 del Código Civil español, pero podría ser también en virtud de otra regla de conflicto, por ejemplo, el Reglamento Bruselas I Bis- derivará probablemente en indefensión por un motivo o por otro: en último término, si el órgano jurisdiccional se niega de plano a admitir la prueba del Derecho extranjero, nos encontraremos ante un supuesto de violación de la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la prueba, y si la admite pero rechaza la aplicación de este Derecho mediante circunloquios que conducen siempre a favorecer el Derecho interno (en un ejercicio de imperialismo no ya jurisdiccional -de foro- sino también de fondo) violaría la misma tutela judicial efectiva igualmente, en su vertiente de derecho de acceso a una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la cuestión⁵⁰⁶. Esto mismo es aplicable a las normas privadas supranacionales, a las que no hay motivo objetivo -una vez recibidas subjetivamente- para no aplicarles el mismo régimen que al Derecho extranjero.

En sentido contrario, precisamente la correcta aplicación del Derecho extranjero es un factor que favorece la declaración de inexistencia de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo, cuando se aplica el Derecho uruguayo a una relación laboral cuyos servicios se prestaban en aquel país⁵⁰⁷. Obviamente, todo lo anterior no exime a la parte

⁵⁰⁶ Fundamento éste último que sí que sirvió para declarar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva en la STC núm. 33/2002 de 11 febrero (RTC 2002\33), en la que la cuestión directamente no se resolvió, ni conforme al Derecho inglés (aplicable a aquel caso según reconocieron los propios órganos judiciales españoles que conocieron de la causa) ni siquiera aplicando el Derecho español, desestimando por tanto la pretensión de la demandante: «*Pues bien, trasladando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, procede declarar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo, en la medida en que, tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia, interpusieron un óbice inexistente que impidió de forma no razonable la adopción de una resolución sobre el fondo de la pretensión. En efecto, ante la falta de prueba del Derecho extranjero (que era la normativa que ambos órganos judiciales consideraban aplicable al caso) se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (calificación de su despido), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la «lex fori», es decir, de la legislación laboral española. Ahora bien, tal óbice (falta de prueba del Derecho extranjero) resultaba inexistente, puesto que al ser la parte demandada la que había invocado el Derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente art. 12.6 del Código Civil (hoy sustituido por la normativa establecida en el art. 281 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*» (FJ 6).

⁵⁰⁷ STC núm. 172/2004 de 18 octubre (RTC 2004\172).

recurrente de la prueba del Derecho extranjero⁵⁰⁸, pero se puede concluir (sobre a raíz de la primera de las resoluciones mencionadas) que la actitud que se exige al órgano judicial en la prueba del Derecho extranjero es, por lo menos, activa, en el sentido de que no debe depositar toda la responsabilidad de tal prueba en la parte que alega su aplicación, siempre que éste muestre una diligencia suficiente para lograr tal prueba en condiciones normales, siendo responsabilidad del órgano judicial asistir a la parte en lo posible en este aspecto del proceso. Esto redundaría -a nuestro entender- en la idea de que el Tribunal Constitucional, viene a exigir una actitud aperturista de los órganos jurisdiccionales hacia la aplicación del Derecho extranjero cuando resulte procedente, evitando interponer obstáculos procesales injustificados. Tales obstáculos habrá que verlos también en los órganos jurisdiccionales que impongan las mismas dificultades procesales a la justicia material de la parte que alegue e intente demostrar debidamente la aplicación de una norma privada supranacional. Esto encaja con la idea, muy común en la literatura del Derecho Administrativo Global, de que las transformaciones del Derecho Administrativo tienen sentido sólo en el contexto de una democracia consolidada y activa, que no existe en el nivel supranacional, pero sí debe exigirse en los Estados constitucionales de Derecho, y son éstos los que deben ser protagonistas de la protección de los derechos fundamentales de los particulares, y especialmente del *due process*, en el nivel supranacional⁵⁰⁹. Esto sitúa a los jueces nacionales en la obligación de utilizar los instrumentos procesales a su alcance dentro del Derecho nacional de forma favorable a los derechos de los sujetos -que no tienen, *a priori*, otra defensa en el nivel global- y esto incluye sin duda la apertura a la aplicabilidad y control de las normas privadas que dichos sujetos han elegido. La negativa formalista de los jueces a emplear en estos términos tales instrumentos procesales -singularmente en el caso de la aplicación del Derecho extranjero que nos ocupa-

⁵⁰⁸ Caso claro del ATC núm. 422/2004 de 4 noviembre (RTC 2004\422. AUTO): «Tal y como mantiene el Ministerio Fiscal, el rechazo de las resoluciones judiciales discutidas a aplicar la legislación española ante la falta de prueba por el demandante del Derecho extranjero, no constituye una denegación injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva, sino una aplicación razonada y razonable de la legalidad ordinaria aplicable al caso. De modo que la simple disconformidad del recurrente con el razonamiento judicial, con su corrección o acierto, o el hecho de que la decisión a la que el mismo conduzca sea contraria a las pretensiones del recurrente, no implica lesión alguna del derecho fundamental que protege el art. 24.1 CE, ni, como tantas veces se ha dicho, permite a este Tribunal su revisión cual si de una nueva y superior instancia judicial se tratase (por todas, entre las más recientes, STC 76/2004, de 26 de abril de 2004, F 3)» (FJ 2).

⁵⁰⁹ En este sentido, HARLOW (2006:204): «It must be remembered that Stewart's argument for a 'reformation' of administrative law, designed to open decision-making to, and make the policy-making process more permeable by, a wider range of participants, took place against the background of American pluralist, democratic theory. Indubitably, courts are powerful in the United States, but they operate nonetheless in the context of a vibrant representative democracy, with vigorous political institutions and interest groups, though also powerful, rooted in a politically active civil society where established and functional political parties operate, their role well understood. This is emphatically not the context in which the NGOs that cluster around the UN and European Commission function. They manoeuvre in situations of 'democratic deficit', where civil society is non-existent or marginal; it is indeed from this very deficiency that they derive such claim as they have to representative legitimacy».

sencillamente pondría en cuestión que el Estado constitucional de Derecho sea realmente operativo, pues no sería capaz de dar respuesta a las necesidades -también extraterritoriales- de sus propios ciudadanos, y dejaría actuar sin control a los poderes globales. De nuevo, en este procedimiento aplicativo de las normas privadas supranacionales el Juez nacional deberá adoptar un papel activo, precisamente porque en él interviene no una mera cuestión ritual, sino todo un problema material de tutela.

III. Los instrumentos constitucionales de control

1. Los derechos fundamentales

Cualquier estudio sobre los cambios sufridos en el Estado de Derecho, como es este, debe partir por tanto de la democracia y de los derechos humanos como presupuestos de legitimidad. En otras palabras, para que las normas privadas supranacionales puedan ser calificadas como legítimas, deben encajarse en un sistema presidido por los principios de legitimidad democrática y respeto a los derechos humanos. El método de encaje en un sistema de legitimidad democrática lo hemos intentado más arriba, argumentando que las normas privadas supranacionales son el producto de un poder fáctico y aporístico que ostenta el ciudadano corporativo, que puede sistematizarse dentro de un ordenamiento democrático si éste lo incardina en sus principios jurídicos, y de esta forma, al ser aceptadas por el propio ordenamiento, dotarse de su legitimidad.

Hemos avanzado entonces hacia lo que hemos calificado como el procedimiento de legitimación, que es el procedimiento por el que la norma concreta es sometida a examen por parte del propio ordenamiento en el que aspira a incorporarse, precisamente para decidir su incorporación o no. En este procedimiento, cuando se desarrolle en un Estado de Derecho, se debe observar el respeto a dos valores fundamentales del ordenamiento: los derechos fundamentales y el orden público.

1.1. Los Derechos Humanos como fundamento general

En las normas supranacionales, el procedimiento de legitimación comienza con su alegación ante el órgano judicial ordinario. Dicho órgano debe plantearse entonces si la norma jurídica cuya aplicación se propone es conforme con los principios jurídico-constitucionales del Derecho interno. Las normas privadas supranacionales, y esto se desprende de su propia naturaleza supranacional, son siempre potencialmente aplicables en cualquier Estado, y por

tanto a cualquier ordenamiento. Ahora bien, no está a nuestro alcance elaborar una metodología de integración de las normas privadas supranacionales en cualquier sistema jurídico. Efectivamente, cada ordenamiento tendrá sus principios constitucionales, y es imposible elaborar reglas igualmente válidas para todos.

El profesor ELÍAS DÍAZ ha explicado cuáles deben ser los caracteres de un Estado de Derecho moderno aclarando tres puntos insoslayables. El primero, que no todo Estado es de Derecho. El segundo, que el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia política. Y el tercero, que los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de Derecho mismo⁵¹⁰. También nos advierte de que el imperio de la Ley que debe regir en el Estado democrático de Derecho no puede en ningún caso reducirse a la ley de mercado⁵¹¹, aunque creemos que tampoco debe hacer imposible el funcionamiento de éste. Sin necesidad de entrar en un debate económico, sí que es necesario tener en mente que los derechos fundamentales son límite insoslayable de las normas privadas supranacionales, con independencia de su orientación económica.

Una primera opción, que las normas privadas supranacionales respeten un sistema de Derechos Humanos propio, hay que descartarla desgraciadamente. Como ya señaló BOBBIO, los derechos fundamentales, a partir de la concepción iusnaturalista que alcanzaron en los primeros tiempos de la teoría jurídica liberal, han sufrido un proceso de evolución en cuatro vertientes: positivación, generalización, internacionalización y especificación⁵¹². El único punto de anclaje de un sistema universal de derechos es la teoría de los derechos humanos, pero de éstos no puede predicarse, desgraciadamente, ninguna de estas cualidades -ni siquiera la positivación jurídicamente vinculante, a pesar de intentos como la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas-. No se trata necesariamente de asumir un planteamiento positivista -de inexistencia de los derechos humanos fuera de su positivación-, pero sí de reconocer su ineficacia en el Derecho moderno si no están positivizados.

⁵¹⁰ Vid. DÍAZ, E. (2004): «Estado de Derecho y derechos humanos», en BETEGÓN CARRILLO, J., LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., PRIETO SANCHÍS, L. (coords.) (2004): *Constitución y Derechos fundamentales*, Madrid: CEPC, pp. 17-40.

⁵¹¹ Vid. DÍAZ (2004:37).

⁵¹² BOBBIO, N. (1989): «Derechos del hombre y filosofía de la historia», *Anuario de Derechos Humanos*, n. 5, pp. 27-39.

Con esto debe quedar excluida del debate la posibilidad de exigir a las normas privadas supranacionales, en términos de Derecho positivo, el cumplimiento con unos derechos humanos que jurídicamente, no son un elenco cerrado ni bien definido, ni existe Tribunal al que someter sus violaciones. El debate sobre los derechos humanos es un debate ético⁵¹³. Sobre las normas privadas supranacionales siempre es posible un juicio moral, y además no cualquier juicio moral, sino uno que resulte específicamente en sentenciar si éstas respetan o no los derechos humanos. Este es un esfuerzo previo de raciocinio que debería hacer el propio ciudadano corporativo al legislar. Pero a falta de cualquier garantía procedimental en su elaboración normativa, es el órgano aplicador de la norma internacional el responsable de contrastar la propia norma con el orden moral y ético de los derechos humanos.

Ahora bien, las normas privadas supranacionales no tienen como interés último la defensa de los derechos, sino de sus propios intereses, casi siempre de contenido económico, como sabemos: de ahí la tensión entre derechos y otros intereses. Esta tensión, que el pensamiento jurídico desde el siglo XVIII intenta resolver en el seno del Estado, debe ser ahora resuelta para las normas privadas supranacionales. El punto de partida, una vez más, es la naturaleza estatocéntrica y constitucionalizada de nuestro Derecho público. Como ya hemos defendido, el Estado de Derecho moderno es indisoluble de la teoría de los derechos fundamentales. Como magistralmente ha expresado DWORKIN, la teoría constitucional moderna no se basa sólo en un principio mayoritario, sino que las Cartas de derechos están destinadas a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que pudiera tomar la mayoría⁵¹⁴. Y esto es así con mayor razón en el moderno constitucionalismo normativizado y vinculante, que supera el concepto de Constitución política para considerarla norma suprema en vigor⁵¹⁵.

⁵¹³ Así claramente en DWORKIN (1977/2012:234 y ss.), NINO, C. S. (1989): *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Barcelona: Ariel, p. 25 y HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (2016): *Los Derechos Humanos: Una concepción de la justicia*, Madrid: Marcial Pons, pp. 21 y ss.

⁵¹⁴ DWORKIN (1977/2012:211). El autor realiza estos comentarios a cuenta del Derecho constitucional norteamericano y la Bill of Rights de su Constitución, pero son extensibles a los Estados de Derecho que son objeto de nuestro estudio.

⁵¹⁵ Sobre este llamado «neoconstitucionalismo» (aunque el significante es muy discutido, sobre todo su prefijo) vid. PRIETO SANCHÍS, L. (2001): «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 5, pp. 201-228 y PRIETO SANCHÍS, L. (2003): *Justicia constitucional y Derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, p. 111.

1.2. Los derechos fundamentales constitucionalizados

Pero ni la Constitución en general ni los derechos fundamentales en particular se corresponden con la estructura de las leyes típicas o más simples del ordenamiento, ni por tanto su aplicación va a ser igual, por mucho que se reconozca la eficacia de la Constitución. Con este fin ALEXY elaboró su importante teoría de las reglas y principios. Así, las normas tradicionales se corresponderían generalmente con reglas, cuya característica es que sólo pueden cumplirse o no. Los principios, sin embargo, son mandatos de optimización, que exigen que su contenido sea realizado en la mayor medida posible⁵¹⁶. Como consecuencia, los conflictos entre ambos no son iguales. Un conflicto entre reglas, dice el autor, sólo puede ser resuelto permitiendo bien una excepción en una de las reglas que de cobertura a la otra, o bien permitiendo que una regla derogue a la otra, mediante una tercera regla de resolución del conflicto (*lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali*). Ciertamente es que hay una tercera opción, el conflicto intersistémico, en el que ninguna de las reglas puede derogar a la otra, pero sí que se pueden aplicar las mismas terceras reglas para resolver el conflicto, inaplicando la regla no seleccionada. Las colisiones de principios, sin embargo, son muy diferentes. No puede hacerse prevalecer un principio sobre otro sin más, ni tampoco pueden derogarse (de hecho, coexisten con naturalidad) y en todo caso ambos tienen un fin optimizador, de manera que a veces puede compaginarse incluso la optimización de ambos intereses, en distinta medida, mientras que en otras ocasiones esto es imposible, y sólo puede optimizarse (es decir, realizarse) uno de los dos principios. La solución es optar por dar prioridad (véase, optimizar) a uno de los dos principios. La técnica más empleada, la más habitual, es la ponderación. La ponderación ha sido extendida luego al ámbito de los derechos sociales y la acción administrativa discrecional que es necesaria para implantarlos⁵¹⁷.

⁵¹⁶ ALEXY (1993:86-87).

⁵¹⁷ ALEXY, R. (2009): «Sobre los derechos constitucionales a protección», en GARCÍA MANRIQUE, R., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 45-84, p. 80.

Lo que sí que es cierto es que las normas privadas supranacionales son externas a cualquier sistema jurídico estatal. Y eso implica que se rigen por sus propios principios⁵¹⁸. Lo que se requiere de las normas privadas supranacionales es adecuación a los principios del Estado que las aplica, es decir, un cumplimiento de mínimos de esos mandatos de optimización. En otras palabras, las normas privadas supranacionales no tienen que cumplir el mandato de optimización de cada derecho fundamental al máximo (maximizándolo) en cada ordenamiento en que se aplican. Lo que tienen es que respetar un nivel mínimo de optimización. Una ponderación en las normas privadas supranacionales, por otra parte, no puede producirse nunca entre un principio económico subyacente y un derecho fundamental o principio constitucional nacional: lo económico debe apartarse para permitir el control de la norma supranacional por los principios de Derecho interno, y sólo aparecerá como criterio para decidir el conflicto normativo posterior.

1.3. La institucionalización de los derechos fundamentales en el Derecho Europeo como modelo

El modelo metodológico del control de respeto a los derechos del Estado por las normas privadas supranacionales va a ser el control del respeto de la aplicación estatal del Derecho Europeo a los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento comunitario en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵¹⁹. En un primer momento, el reconocimiento de los derechos fundamentales en la Unión Europea se realizó solamente por vía jurisprudencial, que se ha denominado pretoriana⁵²⁰. El TJUE tuvo que dar luz a la necesidad del ordenamiento europeo de reconocer la vigencia de los derechos fundamentales, a falta de una declaración relevante por parte de los Estados miembros. Así sucedió en

⁵¹⁸ Sin embargo, y como venimos viendo, esto no significa que tales principios globales sean ajenos a los estatales (al contrario, obviamente, provienen de aquéllos) e incluso no podemos descartar la dimensión global de algunos principios jurídicos típicamente constitucionales y originarios del ámbito de los derechos fundamentales. Así se ha planteado la existencia de un principio de proporcionalidad global, tanto en un sentido sustantivo como asumiendo que es un formalismo flexible para una sociedad pluralista, y encontrando incluso cierto origen de este principio en el ordenamiento de la OMC, vid. PETERS, A. (2017): «Proportionality as a global constitutional principle», en LANG, A.F. y WIENER, A. *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham: Elgar, pp. 248-264, p. 257.

⁵¹⁹ Sobre la cuestión de los derechos fundamentales en la Unión Europea en general, vid. ALONSO GARCÍA (2014:377 y ss.).

⁵²⁰ Sobre esto vid por ejemplo SARRIÓN ESTEVE, J. (2009): «La Carta Europea de Derechos Fundamentales: un instrumento al servicio de los ciudadanos», en Construyendo la Ciudadanía Europea a través de los TICs, Granada: Comares, pp. 199-224, p. 200.

asuntos importantes: *Stauder*⁵²¹, *Grogan*⁵²², *Cornwall Country Council*⁵²³ o *CEDH*⁵²⁴. Las vicisitudes de esta evolución no nos interesan ahora. Baste con llamar la atención sobre dos puntos esenciales, la toma de referencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma de 1950 en el Tratado de Maastricht (entonces TUE, artículo F.2), al que a día de hoy la Unión Europea no se ha adherido aún, por un lado, y la proclamación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales en el Tratado de Niza en el año 2000. La incorporación de la Unión Europea al Tratado de Roma, por cierto, sigue prevista en el artículo 6.2 TUE⁵²⁵.

La discusión hoy se centra, en sede del Derecho Europeo, en la vigencia y eficacia de la CEDF y en sus efectos en el Derecho nacional, y especialmente en el nivel de control que debe ejercer el Derecho Europeo sobre el Derecho interno, en la aplicación de los derechos fundamentales. Tras la fallida tentativa de constitucionalización de la Carta⁵²⁶, el Tratado de Lisboa de 2007 consolida la Carta de Niza 2000, jurídicamente vinculante para las instituciones, los organismos y órganos de la Unión y los de los propios Estados miembros en la aplicación del Derecho Europeo⁵²⁷.

De todo lo que se puede decir sobre la eficacia de los derechos de la Carta en el Derecho de la Unión, detengámonos en la discusión metodológica. El problema se produce, una vez más, en el contexto del conflicto intersistémico, y además, al nivel más alto posible: los derechos reconocidos en la Unión entran en conflicto con el Derecho nacional y su nivel de protección

⁵²¹ Caso C-29/69.

⁵²² Caso C-159/90.

⁵²³ Caso C-13/94.

⁵²⁴ Dictamen 2/94.

⁵²⁵ Para un análisis sistemático de ambas normas, vid. LALUMIÈRE, C. (2000): «La Charte de droits fondamentaux et la Convention Européenne des droits de l'Homme», *Revue québécoise de droit international*, v. 13. n. 1, p. 167-186.

⁵²⁶ Sobre esto vid. PERNICE, I. (2002): «The Charter of Fundamental Rights in the Constitution of the European Union», *Walter Hallstein-Institut, Humboldt-Universität zu Berlin*, n. 14.

⁵²⁷ SOBRINO HEREDIA, J. M. (2008): «Preámbulo», en MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, pp. 77-106, p. 91. Resulta singular además que la CEDF contempla en su artículo 52 una regla general de limitación de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, en lugar de limitar cada derecho en concreto, lo que en la práctica perjudica la extensión del contenido de los derechos mismos. Sobre esto, vid. ALONSO GARCÍA, R. (2002): «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *The Jean Monnet Working Papers; New York University*, n. 4, p. 8. Sobre la aplicación de la CEDF a un ámbito concreto, en el que se observa que su efectividad resulta limitada, vid. LARRAZÁBAL BASÁÑEZ, S. (2011): «La modesta protección de los consumidores en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su potencial», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n. 45, pp. 161-189.

constitucional, y a su vez con el nivel de protección dentro del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵²⁸. Así sucede que la insoslayable protección de los derechos fundamentales en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros exige que la eficacia de éstos se imponga dentro del territorio del Estado frente al Derecho de la Unión, lo que ha dado en llamarse un límite a la integración del Derecho Europeo⁵²⁹.

Esta doctrina de los límites del Derecho Europeo en virtud de la protección de los derechos constitucionales fue desarrollada inicialmente por el Tribunal Constitucional Italiano en el caso *Frontini*⁵³⁰, que determinaba como límite a la cesión de soberanía la violación por parte del Derecho Europeo de los «principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional» y «los derechos inalienables de la persona humana». Pero el gran valedor de la doctrina de los límites de la integración del Derecho Europeo fue el Tribunal Constitucional Alemán, que en su decisión *Solange I*⁵³¹, estableció que podría declararse inconstitucional la actuación de órganos del Estado en aplicación del Derecho Europeo, si éste se consideraba contrario a los principios constitucionales nacionales. Sólo cedería esta jurisprudencia, decía, en el momento en el que las Comunidades Europeas se dotaran de un catálogo de derechos fundamentales. Por eso en las sentencias sucesoras de *Solange I*, *Eurocontrol*⁵³² y *Solange II*⁵³³ y también en *Importación de plátanos*⁵³⁴, esta doctrina se invierte (o se interpreta *a contrario*) y el Tribunal admite que en tanto que las Comunidades Europeas cuenten con un nivel de protección de los derechos fundamentales equiparable a la protección constitucional alemana, el Tribunal Constitucional se abstenía de pronunciarse

⁵²⁸ Lo explica, entre otros, BESSELINK, L. (2012): «The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon: The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions», *Actas del XXV Congreso FIDE de Tallin 2012, Volume 1: The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon*, Tallin: Tartu University Press (2012:4 y ss.).

⁵²⁹ Sobre este asunto vid. en particular, ALONSO GARCÍA (2010:308 y ss.).

⁵³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano de 27 de diciembre de 1973. Doctrina en la que dicho Tribunal insistiría en las sentencias del Tribunal Constitucional Italiano *Granital* de 8 de junio de 1984 y *Frad* de 21 de abril de 1989.

⁵³¹ Auto del Tribunal Constitucional Alemán de 29 de mayo de 1974. La expresión adverbial alemana *solange* expresaba que entre tanto la Unión no se dotara de una Carta de Derechos Fundamentales equivalente al nivel de protección vigente en la Constitución alemana, cualquier órgano judicial ordinario de la República Federal Alemana que albergase dudas sobre la constitucionalidad de una norma europea (o la interpretación que de ella diera el TJUE) podría acudir al propio Tribunal Constitucional Alemán, que podría declarar inconstitucional la actuación de la propia República Federal en la aplicación de aquella norma.

⁵³² Auto del Tribunal Constitucional Alemán de 23 de junio de 1981.

⁵³³ Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 2 de octubre de 1986.

⁵³⁴ Decisión del Tribunal Constitucional Alemán de 7 de junio de 2000.

sobre la constitucionalidad de la norma o acto comunitario. A la luz de la jurisprudencia europea declarativa de determinados derechos, ese nivel de protección existía, y existiría aún más con la Carta ya vigente. En el mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado Francés⁵³⁵ y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Bosphorus*⁵³⁶. Nace así la doctrina de la *protección equivalente*.

La protección equivalente, sin embargo, fue pronto puesta en cuestión. Esta doctrina tiene fundamento en el contexto de un conflicto intersistémico entre ordenamientos de relevancia jurídico-pública, porque la legitimidad de ambas normas (la extranjera que viola los derechos fundamentales tal y como se entienden en el ordenamiento constitucional interno y la norma constitucional propia) es la misma: ambas normas han sido válidamente aprobadas, han seguido su propio procedimiento de elaboración -de legitimación-. No se puede juzgar la constitucionalidad de la norma externa al sistema. La protección equivalente es la doctrina adecuada, por tanto, en las relaciones intersistémicas jurídico-públicas, donde un sistema puede reconocer, como conjunto, el respeto a los derechos fundamentales del otro, y admitir cualquier decisión suya al respecto como válida y aplicable dentro de su propio sistema. Es, por decirlo así, la doctrina equivalente al reconocimiento mutuo en materia de derechos fundamentales.

Pues bien, la doctrina que se ha desarrollado para permitir este «filtro» es el nivel mínimo de protección. Este mecanismo se halla presente en diversos convenios internacionales de Derechos Humanos (el Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional por los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma). Lo que es más, ha sido adoptado por algunos Tribunales Constitucionales en la aplicación del Derecho Europeo (a pesar de que la protección equivalente pareciera consolidada). Así lo hizo nuestro propio Tribunal Constitucional en el Dictamen 1/2004⁵³⁷, que interpretó la CEDF como una garantía mínima, sobre la que los Estados podrían exigir un nivel de protección mayor en la aplicación del Derecho Europeo⁵³⁸.

⁵³⁵ Decisión del Consejo de Estado Francés de 29 de octubre de 2004.

⁵³⁶ STEDH de 30 de junio de 2005.

⁵³⁷ DTC 1/2004, de 13 de diciembre.

⁵³⁸ La polémica se ha recuperado recientemente, con dos amparos interpuestos ante el Tribunal Constitucional, que suscitaron sendas cuestiones prejudiciales ante el TJUE (resueltas en los asuntos Melloni C-399/11 y Åkerberg Fransson C-617/10), y posteriormente la sentencia constitucional vivamente polémica, STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014.

Esto nos lleva necesariamente a un punto de llegada: el control judicial del sometimiento de las normas privadas supranacionales a los derechos fundamentales. Sometimiento que, por otra parte, será completamente distinto en cada Estado. Pero esa no es la cuestión; el problema es la aplicación de la norma en cada caso concreto, y es ahí donde el ciudadano corporativo debe someterse al Derecho interno del Estado.

Pues bien, en el procedimiento de legitimación de cada norma en concreto, la fase de respeto a los derechos fundamentales deberá comprobar, mediante la doctrina del nivel mínimo de protección, si la norma respeta el derecho en el nivel mínimo en el que se respeta en el Estado de aplicación. Es decir, en las relaciones intersistémicas en las que una parte es un ciudadano corporativo, y no dos partes jurídico-públicas, el Derecho del Estado es el que establece el nivel mínimo de protección, pues es en realidad el único que contiene una protección reglada y categorizada de los derechos fundamentales.

2. El orden público

Ahora bien, superado el filtro de respeto mínimo a los derechos fundamentales, hay otro análisis clave, sin cuya superación no se debe admitir la aplicación de la norma privada supranacional. Se trata de un criterio también de larga tradición jurídica, especialmente en el Derecho Internacional Privado: el orden público. Así, si hasta ahora hemos sustraído nuestras propuestas metodológicas del Derecho Internacional Público y Europeo, ahora recurrimos al Derecho que más típicamente ha estudiado los conflictos de leyes, el Derecho Internacional Privado, para tomar el concepto de orden público que se maneja en su sede.

Metodológicamente, es necesario aclarar que el control de derechos fundamentales no agota el control de principios constitucionales, y a su vez el control de orden público tampoco es ajeno a éstos últimos. En realidad, es cierto que la mayor parte del control de principios constitucionales se reconducirá, seguramente, a los derechos fundamentales. Pero esto no agota todo el control constitucional, como decimos. Por otra parte, el orden público sería fácilmente reconducible al control constitucional de las normas privadas supranacionales. Lo que nos aporta el concepto de «orden público» es una dogmática ya bien formada en el Derecho Privado, que nos proporciona una fuente de confianza para los juristas que no son publicistas en el Derecho Global que estamos construyendo. Ahora bien, sinceramente creemos que el concepto de orden público que presentamos a continuación, si bien extraído del Derecho Internacional Privado, es identificable con un «cajón de sastre» constitucional, es

decir, aquello que exige cualquier principio del ordenamiento que no se encuentre comprendido entre los derechos fundamentales, pero también una vía de entrada de otras formas de imperatividad de normas de rango legal, que pueden igualmente formar parte del orden público del ordenamiento.

La complejidad del concepto de orden público como límite a la aplicación del Derecho extranjero en el Derecho Internacional Privado es enorme, pero tratemos al menos de caracterizarlo. El orden público ha diferenciado dos categorías: el orden público internacional y el orden público interno de cada Estado. En cuanto al orden público internacional, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO sostienen que se trata del conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores de una sociedad en un momento dado⁵³⁹, distinguiéndose una dimensión positiva -traducida a través de la formulación de normas imperativas- y una dimensión negativa, que denominan «correctivo funcional frente a la norma de conflicto» y que eludiría la aplicación de la Ley extranjera reclamada por aquella norma. Según estos autores, a este tipo de orden público hay que referir el artículo 12.3 CC cuando afirma: «3. *En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*»⁵⁴⁰.

Por otro lado, el orden público interno sería el conjunto de disposiciones o principios imperativos del sistema jurídico que no puedan quedar al arbitrio de la voluntad de las partes⁵⁴¹. El orden público interno sería el aplicable a la denegación de reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras en virtud del artículo 45 del Reglamento Bruselas I Bis: «1. *A petición de cualquier parte interesada, se denegará el reconocimiento de la resolución: a) si el reconocimiento es manifestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido*». A efectos de la aplicación del artículo 45 del RBIB, el TJUE ha dicho que el concepto de orden público (interno) debe interpretarse restrictivamente, y que no le corresponde a aquél Tribunal formular sus límites,

⁵³⁹ FERNÁNDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO (2016:167) y HERDEGEN (2014:45, 2003:55).

⁵⁴⁰ Sobre esto vid. en mayor extensión CALVO y CARRASCOSA (2016:599 y ss., tb. 606 y ss.). Como bibliografía general, vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008); RODRÍGUEZ PINEAU, E. (1993): «European Union International *Ordre Public*», *Spanish Yearbook of International Law*, n. 3, p. 43-88 y THOMA, I. (2007): *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, Tübingen: Mohr Siebeck.

⁵⁴¹ *Ibid.*

sino al Estado miembro, pero sí le corresponde al TJUE controlar que el uso de las cláusulas del artículo 45 se mantiene dentro de los límites de la excepcionalidad⁵⁴².

Los mismos autores puntualizan que el orden público tiene un cierto efecto «en el espacio» de manera que a mayor vinculación del objeto del litigio con el foro, más estricto será el sometimiento al orden público. Aplicando esto al orden público económico, resultaría que sólo procede aplicarlo si realmente existe riesgo real de que el mercado nacional se vea dañado⁵⁴³. Por otra parte, la excepción de orden público se caracterizaría por su excepcionalidad, territorialidad, y actualidad. El control de orden público sólo es admisible como instrumento excepcional ante el fallo de la propia norma de conflicto, pues da un resultado inadmisibile en el ordenamiento del foro, siendo éste a su vez el que determina cuál es el orden público infringido de conformidad con sus valores jurídicos actuales. Éstos principios y valores, en los modernos Estados de Derecho, habría que referirlos al Derecho constitucional -incluida la Constitución económica-⁵⁴⁴.

Hasta aquí la exposición -extremadamente sintética- de la doctrina referida. Abordemos ahora su aplicabilidad a las normas privadas supranacionales. Ciertamente los tratados internacionales y los Reglamentos europeos contienen sus propias referencias al orden público, pero eso no significa que contengan un concepto autónomo, ni que el orden público del artículo 12.3 CC sea propiamente el internacional y no el interno. Al revés, resulta que como hemos visto el TJUE confía en la aplicación del artículo 45 RBIB a los Estados miembros la definición del concepto de orden público -este es el que sería genuinamente «interno»- pero es que la cláusula de orden público del artículo 12.3 CC también se interpreta de conformidad con el ordenamiento jurídico español⁵⁴⁵, y no con referencia a ningún orden internacional de principios o valores, por mucho que el término se reproduzca en tratados internacionales. Así pues, resulta que volvemos al origen: el concepto de orden público del artículo 12.3 CC se reconduce al respeto a los principios constitucionales del ordenamiento jurídico Español. En cuanto a la exigencia del carácter *manifiesto* de la vulneración, parece que tiene sentido en los conflictos intersistémicos jurídico-públicos, donde

⁵⁴² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FJ. (2016): *Derecho Internacional Privado*, Pamplona: Civitas p. 255, VIRGÓS y GARCIMARTÍN (2007:566), HERDEGEN (2014:81 y ss., 2003:157) y Casos C-7/98, C-394/07, C-619/10, C-618/13.

⁵⁴³ FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (2016:168).

⁵⁴⁴ *Ibid.* p. 169.

⁵⁴⁵ GARCIMARTÍN (2016:318).

debe prevalecer la eficacia del Derecho extranjero en virtud del principio de respeto a la soberanía estatal, salvo causa muy justificada. Pero este deber de confianza entre Estados en sus respectivos sistemas jurídicos, consecuencia a su vez de la configuración de la Sociedad Internacional, no es razonablemente extrapolable a las normas privadas supranacionales (de nuevo, volvemos al problema del *comity*). Los ciudadanos corporativos no son miembros de la Sociedad Internacional, ni les son aplicables las reglas de la confianza entre Estados. Los ciudadanos corporativos son sencillamente entidades supranacionales, en cuyos productos normativos no podemos depositar la confianza propia del respeto a la soberanía extranjera (que no ostentan) y cuyo control de respeto a los derechos fundamentales y orden público deben ser estrictos para evitar posibles abusos. De ahí que el control de orden público deba ser, en el caso de las normas supranacionales, más exigente que el que aplicamos al Derecho extranjero⁵⁴⁶.

IV. Técnicas aplicativas que permitirían adecuar la norma supranacional odiosa a los principios de Derecho interno y su crítica

En el presente epígrafe vamos a explorar otras técnicas para resolver el potencial conflicto de una norma supranacional con un principio del ordenamiento jurídico del Estado. Destaca por su utilidad un clásico de la metodología jurídica: la interpretación conforme. En primer lugar, la interpretación conforme consiste en la interpretación de una regla en un sentido compatible con un principio del ordenamiento, y fundamentalmente, con principios consagrados en la Constitución, o dicho de otro modo, en elegir de entre todas las interpretaciones posibles de una norma, la que mejor optimice el principio⁵⁴⁷. En el ámbito de las normas privadas supranacionales, necesitaremos este método en un supuesto fundamental: aquél en el que el Juez ordinario dude sobre si incorporar la norma. En la práctica, esto nos lleva a la interpretación de las normas supranacionales conforme a la Constitución⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Para un examen rico y útil a los efectos de las normas privadas supranacionales sobre el orden público y su colisión con actos jurídico-privados vid. GHODOOSI, F. (2015): «The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements», *Nebraska Law Review*, v. 94, n. 3, pp. 685-736. Vid. También KENNEDY, D. (2013): «Law and the Political Economy of the World», *Leiden Journal of International Law*, n. 26, pp. 7-48.

⁵⁴⁷ Sobre esto vid. LARENZ (1994:337 y ss.) y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016:77). La situación no es igual en el conflicto de reglas (que analizaremos inmediatamente) donde el problema será la resolución de una antinomia mediante un método de elección de la norma aplicable.

⁵⁴⁸ Y, como consecuencia, también conforme a los principios de procedimiento interno, como propone igualmente DELLA CANANEA (2016:205).

Sin embargo, la interpretación conforme, y en concreto, la interpretación conforme a la Constitución, nos servirá en el que hemos llamado procedimiento de legitimación y no para la resolución del conflicto entre reglas. Por otra parte, es comprensible que la interpretación conforme a la Constitución es uno de los bastiones de la teoría de la argumentación contemporánea, pero sin embargo tampoco se puede ignorar que ha entrado en una etapa crítica, por las razones que veremos inmediatamente. Nuestro objetivo no es separarnos de esta corriente crítica, sino al contrario, adherirnos a sus observaciones, y emplearlas con la máxima flexibilidad en provecho de la aplicabilidad de las normas de Derecho Global, sin negar la pertinencia de reflexionar sobre el abuso de este método interpretativo en el Derecho Constitucional.

Esta corriente crítica sostiene, muy resumidamente, que la interpretación conforme asume como presupuesto lógico la aplicabilidad concreta de la normatividad abstracta propia de la Constitución, y que tiene como consecuencia un activo intervencionismo judicial (no sólo por parte del Tribunal Constitucional, pero especialmente por éste) pues concretizar la constitucionalidad de la norma en una determinada interpretación de entre muchas inconstitucionales posibles exige una actividad de elección por parte del juzgador, y como tal de construcción de la norma misma, -tal vez- alejándola de la voluntad del legislador democrático. Se propone entonces que la interpretación conforme se reduzca a supuestos en los que sirve para excluir cierta interpretación, y no para afirmar una interpretación improbable de entre muchas inaceptables por inconstitucionales, en cuyo caso sería preferible declarar la norma inconstitucional⁵⁴⁹.

Más allá de el análisis que se ha llevado acabo de esta tesis en la doctrina alemana, en el Derecho español RODRÍGUEZ DE SANTIAGO ha propuesto un ejemplo reciente del ordenamiento jurídico español que resulta tan sugestivo como clarificador, y que reproducimos aquí brevemente. Este ejemplo es precisamente, la ya celeberrima STC 31/2010, de 28 de junio que, como es bien sabido, resuelve la inconstitucionalidad de ciertos preceptos del Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de

⁵⁴⁹ Sobre esto vid. REIMER, F. (2016:276-282) y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2016b): «Una nueva metodología aplicativa del Derecho», *Almacén de Derecho*, 6 de jul. 2016. Disponible en <http://almacenederecho.org/una-nueva-metodologia-aplicacion-del-derecho/> [Consultado el 2 de diciembre de 2019]. donde además introduce el sugerente ejemplo del Tribunal Constitucional español, importante precisamente por lo que luego veremos, y en España AJA FERNÁNDEZ, E. (1998): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona: Ariel. A favor de la expansión de la interpretación conforme a la Constitución vid. MUÑOZ MACHADO (2015:V,144).

Cataluña. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional español recurrió reiteradamente a la interpretación conforme para exigir que determinados preceptos del Estatuto de Autonomía fueran aplicados exclusivamente en su sentido constitucionalmente admisible. Para algunos críticos de la sentencia, esta técnica sirvió para salvar de la inconstitucionalidad estos preceptos, admitiéndolos en alguna de sus interpretaciones posibles, aunque éstas fueran bastante recónditas tanto a la luz de la literalidad del precepto como en ese estado de conciencia subjetivo incoherente e inaprehensible para el exégeta jurídico -que sin embargo se esfuerza en construirlo- que es la voluntad del legislador.

Veamos el ejemplo concreto propuesto por el autor (aunque en la sentencia pueden encontrarse muchos otros). El fundamento jurídico FJ 14 b) aborda la interpretación del siguiente precepto del Estatuto de Autonomía:

«2. El catalán es la lengua oficial de Cataluña. También lo es el castellano, que es la lengua oficial del Estado español. Todas las personas tienen derecho a utilizar las dos lenguas oficiales y los ciudadanos de Cataluña el derecho y el deber de conocerlas. Los poderes públicos de Cataluña deben establecer las medidas necesarias para facilitar el ejercicio de estos derechos y el cumplimiento de este deber. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32, no puede haber discriminación por el uso de una u otra lengua».

El Tribunal Constitucional se encuentra ante una disposición jurídica de muy difícil asunción constitucional en el ordenamiento español, a saber, que los ciudadanos de Cataluña tienen del deber de conocer el catalán. La constitucionalidad de este precepto es difícil precisamente porque teóricamente, y a la luz del artículo 3.1 de la Constitución Española de 1978 -del que el 6.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña parece ser un correlativo lógico, «el castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla». Es decir, que el deber de conocer la lengua castellana o española es el único que puede imponerse, constitucionalmente hablando, en todo el Estado español.

El Tribunal Constitucional resolverá esta divergencia proponiendo la siguiente interpretación conforme: el precepto es constitucional si se interpreta en el sentido de que el deber de conocer la lengua catalana -al igual que la española- se predica específicamente de los funcionarios, quienes precisamente para el correcto desarrollo de su función pública y la debida atención al ciudadano -que naturalmente tiene derecho a dirigirse a la Administración en cualquiera de las dos lenguas- necesitan conocer ambas. Esta interpretación se apoya precisamente en el siguiente inciso del precepto, los poderes públicos de Cataluña deben

establecer las medidas necesarias para facilitar el ejercicio de estos derechos y el cumplimiento de este deber, donde las medidas para el ejercicio de los derechos serían la garantía de que todos los funcionarios de Cataluña pueden comunicarse con los ciudadanos en ambas lenguas, y las medidas para el cumplimiento del deber serían precisamente la exigencia a los funcionarios de conocer ambas lenguas⁵⁵⁰.

Tanto las bondades como las críticas de esta interpretación son comprensibles. Por un lado, se salva de la inconstitucionalidad al precepto, con lo que se favorece la seguridad jurídica, y se asegura una interpretación uniforme de éste, fuera de potenciales desarrollos inconstitucionales y abusivos de la norma. Por otro, el Tribunal Constitucional se separa comprensiblemente tanto de la literalidad del precepto como de la intención del legislador. Está claro que el criterio introducido por el Tribunal Constitucional en esta interpretación es razonable, y de hecho es más que probable que mejore la eficacia de los derechos de los ciudadanos de Cataluña, pero cabe preguntarse si esto es realmente una ventaja. ¿No hubiese sido más razonable aún, pensando en las coordenadas del Estado Democrático de Derecho, declarar inconstitucional el precepto sin forzar su interpretación y depositar la confianza de su reforma en el poder legislativo, que cumpliría así su función política dentro de la organización del Estado? Aquí el Tribunal Constitucional supera su papel kelseniano de legislador negativo, para convertirse en un legislador positivo constreñido teóricamente por la amplitud de las posibilidades interpretativas de la Ley dentro de la Constitución (es decir, poco constreñido) y queda encargado de racionalizar la voluntad del legislador.

Se ha dicho que el juzgador constitucional se convierte así (o por lo menos el Tribunal Constitucional, porque es más difícil aún admitir en esta tesitura al juzgador ordinario incluso

⁵⁵⁰ Dice el citado Fundamento Jurídico 14b) de la STC 31/2010 que «El art. 6.2 EAC sería inconstitucional y nulo en su pretensión de imponer un deber de conocimiento del catalán equivalente en su sentido al que se desprende del deber constitucional de conocimiento del castellano. Ello no obstante, el precepto admite con naturalidad una interpretación distinta y conforme con la Constitución, toda vez que, dirigiendo el precepto un mandato a los poderes públicos de Cataluña para que adopten “las medidas necesarias para facilitar ... el cumplimiento de este deber”, es comprensible que sólo puede tratarse de un deber “individualizado y exigible” de conocimiento del catalán, es decir, de un deber de naturaleza distinta al que tiene por objeto al castellano de acuerdo con el art. 3.1 CE (STC 82/1986, FJ 2). No hay aquí, por tanto, contrapunto alguno a la facultad del poder público de la Generalitat de utilizar exclusivamente la lengua catalana en sus relaciones con los ciudadanos, que sería improcedente, sino que se trata, aquí sí, no de un deber generalizado para todos los ciudadanos de Cataluña, sino de la imposición de un deber individual y de obligado cumplimiento que tiene su lugar específico y propio en el ámbito de la educación, según resulta del art. 35.2 EAC, y en el de las relaciones de sujeción especial que vinculan a la Administración catalana con sus funcionarios, obligados a dar satisfacción al derecho de opción lingüística reconocido en el art. 33.1 EAC. Si el concreto régimen jurídico de ese deber individualizado y exigible es o no conforme con la Constitución habrá de verse en el momento de examinar la constitucionalidad de dichos preceptos, también objeto del presente recurso. Importa aquí únicamente, sin embargo, que, concebido como un deber de naturaleza distinta al que sólo cabe predicar del castellano, esto es, como un deber que no es jurídicamente exigible con carácter generalizado, el deber de conocimiento del catalán tiene un objeto propio que lo justifica como mandato y que permite interpretarlo conforme a la Constitución».

del más alto rango) en un «segundo legislador»⁵⁵¹. Sería así un operador jurídico encargado de racionalizar la voluntad aparente del legislador propiamente dicho una vez que ésta ya se ha expresado mediante una norma válidamente aplicable, admitiendo que éste último ha entrado progresivamente en una espiral de caos en su actividad legislativa, tanto en el fondo como en la forma. En la actualidad vemos cada vez más al juzgador -y no sólo al constitucional- en ese papel de «segundo legislador», y lo vemos con desagrado, formados naturalmente la trinidad de Democracia-Constitución-Ley. Esta deriva debe por tanto ser examinada críticamente, en orden a situar al Juez en una posición menos discrecional, entendiendo que su función es -con la ayuda de la previa sistematización dogmática- recopilar, ordenar y, finalmente, aplicar las fuentes del Derecho «disponibles», en la expresión que nosotros utilizamos.

En realidad, la crítica expuesta a la interpretación conforme es más que razonable en aquellos casos en los que al Juez se contrapone el legislador democrático: las decisiones sobre política legislativa deben quedar en manos de éste último, y no en las del juzgador. Sin embargo, nos guste o no -y más bien nos disgusta- esto en la práctica del Estado de Derecho democrático contemporáneo es cada vez más difícil de afirmar, ante un legislador que además legisla en abundancia y aún en exceso. Verdaderamente, la «participación activa» del juzgador en un proceso de concretización normativa que termina siempre en la aplicación de la norma en el caso particular -y no en su aprobación, su promulgación, su publicación o su entrada en vigor- es difícil de admitir *a priori* a la luz de nuestra formación jurídica, pero también difícil de negar *a posteriori* a la luz de la realidad de un sistema jurídico en constante degeneración.

⁵⁵¹ Término que, de entrada, debemos rechazar, porque naturalmente en el Estado constitucional de Derecho democráticamente legitimado no cabe hablar de más legislador que el constituido en las Cortes Generales. Por supuesto, tampoco es admisible aplicar el término legislador al ciudadano corporativo, al que en el presente trabajo siempre denominamos con otros términos -titular de una potestad normativa *de facto*, autor de la norma privada supranacional, etc.- ni a su potestad desde luego la denominamos legislativa -sino, como ya hemos dicho, normativa *de facto*.

En la dogmática de las normas supranacionales, en cierto modo, la situación es diferente⁵⁵². En ellas el peso del control democrático no está en su autor (supranacional, privado, a menudo fuera de todo control) sino precisamente en el Juez⁵⁵³. La situación es por tanto inversa. El ciudadano corporativo crea normas, y éstas no sólo no pueden pretender del Juez su abstención en virtud de su naturaleza democrática (como sucedería con las normas jurídicas estatales procedentes del legislador) sino que precisamente el Juez debe intervenir activamente para garantizar la naturaleza democrática de estas normas.

Así, si exigimos un control de constitucionalidad estricto con una interpretación conforme restringida a las normas supranacionales, pocas de ellas pasarán el filtro, por la sencilla razón de que no están pensadas para encajar en el sistema constitucional español o en cualquier otro. Su aplicación exige un ejercicio de flexibilidad interpretativa, en el que pueden ser flexibles tanto la Constitución como la norma supranacional, pero preferiblemente esta última. Así, una interpretación conforme flexible significa ni más ni menos que el *desplazamiento de la carga de flexibilidad* hacia la norma supranacional, que será maleada por el juzgador hasta encontrar la interpretación admisible respecto de la Constitución, aunque esta interpretación vaya en contra incluso del sentido literal de la norma supranacional misma. Obsérvese que esta propuesta se sirve de nuevo de la idea de la «discrecionalidad originaria» de la actividad jurisdiccional: como ya explicamos, en ausencia de normas, el Juez adoptará de sus decisiones con su propio criterio. Es necesario, primero, un acervo ético, y posteriormente un conjunto normativo disímil, que la dogmática debe sistematizar, al que denominamos «Derecho disponible». Dentro de este acervo normativo, *a priori*, y debido a esa discrecionalidad originaria, el Juez puede teóricamente recurrir a métodos aplicativos más o menos invasivos con la norma aplicable o que la deforman en mayor o menor medida. Ahora bien, el hecho de que esta norma provenga de un autor estatal (legislador o autor de normas

⁵⁵² En lo que respecta al *soft law* administrativo, SARMIENTO (2008:168 y ss.) ha propuesto también la técnica de interpretación conforme, pero en un sentido inverso al que proponemos aquí para las normas privadas supranacionales. En aquel caso, se trataría de que el Derecho estatal (el *hard law* en el término que emplea el autor) fuera interpretado conforme a las normas de *soft law*. Aquí la interpretación conforme jugaría por tanto un papel distinto, el de legitimación de la norma «débil» mediante la justificación de su función interpretativa. Sin embargo, como nosotros ya hemos desarrollado un procedimiento de legitimación que es capaz de otorgar plena eficacia -incluso territorial- a las normas privadas supranacionales, no necesitamos de esta solución -que sin embargo puede ser útil después, para evitar un conflicto entre reglas, la supranacional y la interna-. Nuestro problema es el contrario: la interpretación conforme de la norma privada supranacional con la Constitución y los principios del ordenamiento jurídico estatal, para que sea admisible para el Derecho interno, y por tanto integrable. Esta es, creemos, una solución más natural para el funcionamiento normal del sistema de principios y reglas en el Derecho público moderno.

⁵⁵³ Con singular énfasis vid. los trabajos ya citados de D'ALTERIO (2011, 2017).

reglamentarias) y en particular de un legislador estatal democrático, implica una reducción enorme de esta discrecionalidad *a posteriori*, y por tanto en estos casos tal flexibilidad aplicativa es criticable, mientras que tal flexibilidad «originaria» de la actividad jurisdiccional queda menos constreñida -pero no plenamente libre- en la aplicación de normas privadas supranacionales, que aunque puedan legitimarse democráticamente (por no ser contrarias a ningún principio constitucional vigente en el Estado de recepción objetiva) no pueden sin embargo considerarse democráticas ellas mismas. Se salva así una comprensión del Juez como mero «aplicador subsuntivo del Derecho» o más modernamente «ponderador racional» en el que se intenta reducir al mínimo la discrecionalidad, porque estos modelos suceden exclusivamente en el contexto de la aplicación del Derecho vigente del Estado constitucional de Derecho, que es sólo una porción de todo el «Derecho disponible».

De esta forma, lo que resulta aberrante en el contexto del Derecho del Estado, la flexibilización de la interpretación de la norma por parte del Juez hasta el punto de deformarla, es sin embargo indispensable en el ámbito de las normas supranacionales, donde el Juez carga con el peso de garantizar la admisibilidad democrática de la norma. De ahí que el Juez en la aplicación del Derecho Global se convierta, justa y necesariamente, en un sujeto de control de la normatividad global⁵⁵⁴.

V. Ejemplo I. El reglamento FIFA

1. El sujeto y el objeto: la FIFA y sus reglamentos y códigos

Ahora imaginemos un posible ejemplo de este supuesto conflicto entre la norma supranacional y los principios constitucionales. Lo haremos recurriendo a un ámbito material de menor profundidad dogmática, pero que es también importante y valioso, y ciertamente también fácilmente comprensible. El Derecho del Deporte se abre paso en la dogmática jurídica, sobre todo en la del Derecho Administrativo, mientras que las normas

⁵⁵⁴ Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Belga de la Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, 18ª Sala de lo Civil, de 29 de agosto de 2018, asunto 2016/AR/2048, que comentamos más abajo, al confrontar la obligación de los clubes y deportistas afiliados a las organizaciones FIFA y UEFA de acudir a un Tribunal de Arbitraje Deportivo Internacional (el TAS) para residenciar sus conflictos con ambas organizaciones, con el derecho a la tutela judicial efectiva (en aquel caso, con referencia a los artículos 47 CEDDFF y 6 CEDH) hubiera sido preferible, a nuestro modo de entender, acudir a un mecanismo de interpretación conforme, que hubiera salvado la aplicabilidad de la norma supranacional, reconociendo por ejemplo a los deportistas demandantes el derecho a una segunda instancia ante la jurisdicción ordinaria, aunque tal posibilidad no la reconozca expresamente la norma supranacional impugnada, que era en este caso el Código Disciplinario de FIFA. De esta forma, se comprende el funcionamiento que proponemos para este mecanismo interpretativo.

supranacionales en este terreno se multiplican⁵⁵⁵. Una de las organizaciones, por ende uno de los ciudadanos corporativos en el vocabulario que hemos propuesto, más poderosos y prominentes en este ámbito es la organización FIFA, con sede en Zurich. FIFA emite y actualiza una serie de normas supranacionales a las que, como sabemos, se ha llamado tradicionalmente estándares para intentar negarles el carácter normativo que obviamente ostentan, o bien se les denomina con el nombre técnico que en cada caso le asigna la organización (Reglamento estándar, Código de conducta, Código ético, etc.). Aquí podemos observar, por cierto, el que tal vez sea el mejor motivo para categorizar estos supuestos «estándares» como normas, precisamente para evitar la ventaja que para el ciudadano corporativo supone tener el control del *nomen iuris* y evadir así toda responsabilidad en su aplicación, so pretexto de su «no obligatoriedad», que como sabemos no es más que eficacia recepticia.

2. Un conflicto típico regla supranacional-principio estatal: un supuesto general...

Pues bien, estas normas pueden aparecer en diferentes contextos. No hay que olvidar que la mayoría de las asociaciones o federaciones a nivel mundial son miembros del organismo (incluida, obviamente, la española), y a su vez son miembros de la Real Federación Española la mayoría de clubes de fútbol (sea cual sea su organización societaria). De todas estas normas, vamos a fijar nuestra atención en una de ellas a título de ejemplo: el Código Disciplinario de la FIFA⁵⁵⁶. El Código Disciplinario ha levantado históricamente polémicas propias de las normas supranacionales. Por ejemplo, en primer lugar, vamos a analizarlo según los principios que hemos establecido para el Derecho Global. Se trata de una norma supranacional, privada porque es creada por un ciudadano corporativo que es privado él mismo, y tópica en su naturaleza, porque no pretende regular sistemáticamente todo el Derecho del Deporte, ni siquiera todo el Derecho aplicable al deporte concreto que regula, y ni siquiera tienen ese afán de exhaustividad el conjunto de normas de la organización FIFA, pues cada una de ellas regula aspectos concretos del deporte en cuestión o de la propia organización, siendo la naturaleza de cada una de ellas igualmente tópica. Por último, su eficacia es recepticia, porque obviamente no tiene una eficacia *erga omnes* por sí misma en

⁵⁵⁵ Sobre esto, vid. -además de varias referencias generales que ya dimos en otro lugar- CASINI, L. (2011): «The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport», *German Law Journal*, v. 12, n. 5, pp. 1317-1340.

⁵⁵⁶ En su versión de 2017- disponible en http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/fifadisciplinarycode2017es_spanish.pdf

ningún territorio, sino que ha sido recibida por los clubes de fútbol a los que es aplicable, mediante su pertenencia a una Federación, que a su vez está asociada a la propia FIFA.

Ahora bien, una cosa es, una vez recibida la norma, el ámbito de aplicación que ostente, y otra es su invocabilidad ante los órganos judiciales en un proceso en cualquier orden jurisdiccional, pero en todo caso de naturaleza obviamente estatal. El ámbito de aplicación que esta norma supranacional se da a sí misma es bastante amplio, y no se limita a las competiciones organizadas por FIFA⁵⁵⁷. Nos interesa aquí que la norma se aplica en todo caso «cuando se atente gravemente contra los objetivos estatutarios de la FIFA, especialmente en los supuestos [...] dopaje», que serán los que interesen a efectos de nuestro ejemplo. Las sanciones impuestas por la Comisión Disciplinaria de la FIFA en virtud de esta norma supranacional son recurribles en primer lugar ante la Comisión de Apelaciones de la propia FIFA, y en segunda instancia ante un organismo arbitral, el Tribunal de Arbitraje Deportivo, conocido por sus siglas en francés, TAS. A su vez, en casos de dopaje, es también competente para sancionar la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, y es competente para conocer del recurso el Tribunal Administrativo del Deporte, en virtud del recurso administrativo especial en materia de dopaje en el deporte contemplado en el artículo 40 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.

Ahora bien, puede parecer que esto va a revertir en una duplicidad de procedimientos, uno jurídico-público que puede terminar en el TAD, y otro jurídico-privado que terminaría en el TAS. En nuestra opinión, la situación en realidad es más compleja. Aunque ambos procedimientos sancionadores fueran independientes, es forzoso reconocer tres cosas: la función sancionadora *de facto* de la FIFA (que es a su vez consecuencia de su función normativa); la eficacia que tendrán esas sanciones en el territorio de uno o más Estados que no las han dictado ni reconocido oficialmente (pues el sancionado no podrá participar en competiciones que organiza FIFA, y no es baladí el monopolio global que ostenta este ciudadano corporativo en la organización de las competiciones) y la fuerza que los propios participantes en este sector otorgan a estas normas FIFA, que a buen seguro las alegarán o las

⁵⁵⁷ «Artículo 2. *Ámbito de aplicación material. La aplicación del presente código se extiende a todos los partidos y competiciones organizados por la FIFA. Se aplica, asimismo, siempre que se trate de actos atentatorios hacia oficiales de partido, así como cuando se atente gravemente contra los objetivos estatutarios de la FIFA, especialmente en los supuestos de falsedades en los títulos, corrupción y dopaje. Asimismo, se aplicará en casos de violación contra la reglamentación de la FIFA, siempre que la competencia para ello no recaiga en otra instancia.*».

impugnarán ante las autoridades estatales en cuyo territorio vaya a desplegar su eficacia la sanción, tanto ante autoridades administrativas como jurisdiccionales en posteriores recursos. Así, es ya habitual que el Tribunal Administrativo del Deporte reciba alegaciones de normas de la FIFA, aunque *a priori*, según el planteamiento tradicional del Estado de Derecho, no sea competente para responderlas. Pues bien, en esta doble penetración de las normas supranacionales, tanto en los procedimientos administrativos y judiciales una vez que han sido recibidas o de mero hecho, una vez que son aplicadas por el ciudadano corporativo, consiste la amenaza del Derecho Global al orden jurídico constitucional.

Más concretamente, imaginemos la aplicación de una norma particular de este Código Disciplinario. Tomemos por ejemplo el artículo 99, que regula la carga de la prueba en los procedimientos sancionadores. Tras depositar la carga de la prueba en la propia FIFA, su inciso segundo dice textualmente que «*En el caso de una infracción de las normas antidopaje, incumbe al acusado presentar las pruebas necesarias para reducir o suprimir una sanción. Asimismo, el acusado deberá presentar pruebas sobre la forma en que la sustancia prohibida entró en su cuerpo para que la sanción sea reducida*». Ahora bien, esta segunda norma es cuestionable desde un punto de vista constitucional. Es dudoso que esta inversión de la carga de la prueba cumpla con el contenido esencial del derecho de defensa ex artículo 24.2 de la Constitución española. Sin embargo, insistimos, no vamos a hacer aquí un estudio sobre si efectivamente la norma es inconstitucional o no, ni vamos a alegar jurisprudencia constitucional o contenciosa, por que nos basta con resaltar la duda, y por tanto la amenaza a la Constitución. La jurisprudencia puede cambiar, y la percepción de cada orden constitucional también. El Tribunal Constitucional puede admitir hoy esto o lo otro, y el orden constitucional de otro Estado (incluso democrático de Derecho) puede admitir sin problemas lo inaceptable en en el ordenamiento del vecino⁵⁵⁸. Y las normas supranacionales, comprensiblemente, no se elaboran pensando en cumplir con todos los ordenamientos constitucionales, sino en todo caso genéricamente con los principios jurídicos de los Estados de Derecho. La amenaza a la

⁵⁵⁸ Estas inconsistencias tópicas y la discrecionalidad judicial que implican son, en la práctica, la consecuencia -indeseada- de la teoría principalista de Dworkin, de la misma forma que la incoherencia entre las respuestas de diferentes ordenamientos jurídicos frente a la misma norma privada supranacional introducen también el resultado de una efectividad de la norma en forma de mosaico; sin embargo, entendemos que este resultado es preferible a sistemas estrictamente positivos, monistas y sin comunicación entre sí, fundados exclusivamente en reglas autointegradas. En contra y a favor de las garantías democráticas del positivismo monista, vid. LAPORTA (2009). Sin embargo, nosotros entendemos que asumir como presupuesto la posibilidad de estas incoherencias facilita el reconocimiento de la eficacia de normas supranacionales que son seguidas *de facto* y por tanto facilita también tanto su control como la evolución de su dogmática, al someterse al rico examen de diferentes ordenamientos por diferentes órganos judiciales en diferentes casos concretos.

Constitución está en la existencia de normas jurídicas que la contradicen, pero cuya eficacia no puede detener. La solución, a nuestro modo de ver, está en someterlas a control. Y es aquí donde se erige el nuevo defensor de la Constitución, que es a su vez el «guardián de las puertas» constitucionales: el Juez ordinario predeterminado por la Ley.

3. ...y un supuesto real: la Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, 18ª Sala de lo Civil, de 29 de agosto de 2018, asunto 2016/AR/2048

Por último, existe un ejemplo reciente del Derecho comparado, en el que el propio reglamento de la FIFA es rechazado como norma aplicable por considerarse contrario al Derecho de la Unión y al CEDH. Se trata de la Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, 18ª Sala de lo Civil, de 29 de agosto de 2018, asunto 2016/AR/2048⁵⁵⁹. Esta sentencia belga representa un ejemplo, algo pintoresco pero nítido, del funcionamiento del procedimiento de legitimación, tanto en un aspecto elogiado como en otros tal vez mejorables. En el asunto de fondo, un club de fútbol belga y varios futbolistas demandan a la Federación de Fútbol Belga (URBSFA) y tanto a UEFA como a FIFA, solicitando la suspensión de un laudo condenatorio del TAS (al que el propio Reglamento de FIFA obliga a acudir para recurrir las sanciones confirmadas por su Comisión de Apelación -artículos 74 y 128 del Código Disciplinario 2017-).

El Tribunal se declara competente para resolver la cuestión en virtud del artículo 6.1 de la Convención de Lugano y entiende que la obligación impuesta por el citado Reglamento es contraria a la garantía del Derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en los artículos 47 CEDDF y 6.1 CEDH, especialmente en atención a la diferente posición de las partes, siendo naturalmente la FIFA la parte fuerte de la relación, que puede imponer a su contraria la elección de foro (FJ 13, *in fine*).

Ahora situémonos brevemente en el procedimiento de legitimación y en sus dos Fases: control de adecuación de la norma a los principios imperativos del Derecho interno (constitucionales, de orden público, administrativos) y resolución del conflicto con la norma interna. Evidentemente, esta sentencia aplica lo que en la estructura del procedimiento que hemos propuesto sería el control de constitucionalidad de la norma privada supranacional, que no supera, de manera que la norma no va a llegar a ser admitida en el ordenamiento jurídico de

⁵⁵⁹ <http://www.iusport.es/resoluciones-judiciales/SENTENCIA-CORTE-APELACION-BRUSELAS-TAS-2018-anonimizada.pdf>.

destino, y por tanto se le niega eficacia territorial. Esta decisión, como hemos dicho, tiene sus ventajas y sus inconvenientes.

Entre las ventajas, reconoce con claridad la posición de poder de FIFA y desarrolla lo que hemos llamado en el presente trabajo *procedimiento de legitimación*: la norma concreta, el reglamento de la FIFA, debe ser sometida a control por el Juez ordinario, y esto implica un control sobre todo de derechos fundamentales, tal y como se impone en el presente caso por parte del órgano judicial.

La vertiente negativa de la sentencia es probablemente su decisión de fondo: de aplicarse sistemáticamente, todos los reglamentos de gran parte de las federación deportivas a nivel mundial violarían el derecho a la tutela judicial efectiva, en todos ellos la federación correspondiente estaría imponiendo a sus miembros y deportistas recurrir ante un tribunal arbitral y todas las demandas podrían dirigirse a la jurisdicción ordinaria, de manera que las federaciones supranacionales tendrían por delante una amalgama constante de pleitos en todos los Estados cuyas respectivas federaciones nacionales del deporte en cuestión reconozcan su reglamento (y las jurisdicciones nacionales, la carga de trabajo procedente del TAS).

En nuestra opinión, esta respuesta debe ser rechazada con carácter general: el cauce natural de los conflictos deportivos debe ser su resolución en los tribunales arbitrales correspondientes, y no en los tribunales ordinarios de cada Estado. Otra cosa es que se reconozca un derecho al recurso en el Estado o a la impugnación (más o menos amplia) de tal laudo; pero la regla general debe ser la efectividad del Reglamento de la Federación Internacional (supranacional) correspondiente, y aquí el control de constitucionalidad parece un punto demasiado estricto.

VI. Conclusiones de la Parte § III

I. Los modelos intersistémicos de referencia. Como modelos hemos empleado tres: el Derecho Internacional Público -cuya propuesta ya ha sido examinada-; el Derecho Europeo, y el Derecho Internacional Privado. Todos ellos ofrecen determinados elementos de atracción para nosotros, pero lo fundamental es reconocer que, en todo caso, la recepción objetiva de las normas privadas supranacionales va a pasar siempre por la extensión de la primacía, siguiendo el modelo Europeo, pero naturalmente sin admitir que la primacía caiga siempre

del lado de las normas privadas supranacionales, y menos aún frente a normas constitucionales internas, o normas con rango de Ley y de carácter imperativo que formen parte del orden público interno del Estado de recepción.

II. La justificación del reconocimiento judicial de la norma privada supranacional. Para el reconocimiento nacional de normas de Derecho Global se ha propuesto la doctrina del *comity*, como solución teórica que, ciertamente, introduce avances, pero no termina de darnos la respuesta para la aplicabilidad de las normas privadas supranacionales en el territorio del Estado por parte del Juez, pues no resulta claro identificar qué partes tienen un deber de *comity* entre sí. Una opción adicional sería recurrir al control de la discrecionalidad del Juez por parte de la norma privada supranacional (el doble control o control mutuo) y a su vez integrar estas normas en el canon del principio de legalidad y la satisfacción de determinados derechos fundamentales (particularmente, la tutela judicial efectiva).

III. Primer instrumento constitucional de control: los derechos fundamentales. Las normas privadas supranacionales. En el procedimiento de legitimación de cada norma en concreto, la fase de respeto a los derechos fundamentales deberá comprobar, mediante la doctrina del nivel mínimo de protección, si la norma respeta el derecho en el nivel mínimo en el que se respeta en el Estado de aplicación. Es decir, en las relaciones intersistémicas en las que una parte es un ciudadano corporativo, y no dos partes jurídico-públicas, el Derecho del Estado es el que establece el nivel mínimo de protección, pues es en realidad el único que contiene una protección reglada y categorizada de los derechos fundamentales

IV. Técnicas aplicativas que permitirían adecuar la norma supranacional odiosa a los principios de Derecho interno y su crítica. La interpretación conforme, y en concreto, la interpretación conforme a la Constitución, nos servirá en el que hemos llamado procedimiento de legitimación y no para la resolución del conflicto entre reglas. Por otra parte, es comprensible que la interpretación conforme a la Constitución es uno de los bastiones de la teoría de la argumentación contemporánea, pero sin embargo tampoco se puede ignorar que ha entrado en una etapa crítica, por las razones que veremos inmediatamente.

PARTE § IV. LA TEORÍA DE LA APLICABILIDAD FUNCIONAL

Capítulo § V. La norma de conflicto: el criterio de especialidad de la norma y la *aplicabilidad funcional*

I. El conflicto normativo de la norma supranacional ya integrada en el sistema estatal

1. Introducción

Llegamos ahora a la fase o momento final de la aplicación de las normas privadas supranacionales, la que hemos denominado de *aplicabilidad funcional*. En esta fase la norma privada supranacional ya ha superado el control de legitimación propiamente dicho, en el sentido de que se ha considerado compatible con los principios constitucionales del ordenamiento jurídico del Estado, o se ha encontrado una interpretación conforme de ésta que la convierte en admisible. Si la norma supranacional no se encuentra con una laguna en el sistema jurídico interno que permita su aplicabilidad directa, entrará en conflicto con una norma interna, y por tanto habrá que adoptar un mecanismo para seleccionar la norma aplicable.

A estos efectos, ahora sabemos que el sujeto receptor de la norma supranacional es destinatario de esa norma en concreto y no de todas⁵⁶⁰, que ha sido admitida en el ordenamiento según los principios del ordenamiento constitucional y que ya es aplicable en el Derecho interno, y puede abordar potencialmente un ámbito regulatorio coincidente o no con la legislación interna, en cuyo caso puede generarse o conflicto normativo o sencillamente colmar una laguna. Si esto no ocurre, la norma puede aplicarse. Si esto sucede -y es muy probable que lo haga- tenemos, por tanto, servido el conflicto. Es cierto que lo más habitual es que el conflicto se plantee en el plano de los principios, en cuyo caso ya habría sido resuelto con anterioridad en el control de principios constitucionales y orden público⁵⁶¹. Necesitamos una regla de conflicto que lo resuelva. Nuestra propuesta es el criterio de especialidad, en el sentido en que explicaremos a continuación.

En los conflictos de normas de Derecho interno, la Teoría del Derecho ha desarrollado metodologías diversas para abordar el problema. Las soluciones son, además, distintas si se

⁵⁶⁰ Conclusión esta última que evitaría tener que recurrir a la aplicación de la tantas veces recordada teoría del reconocimiento hartiana defendida por KINGSBURY, B. (2009).

⁵⁶¹ En este sentido, vid. KUMM, M. (2017): «Global Constitutionalism and the rule of Law», en LANG, A.F. y WIENER, A. *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham: Elgar, pp. 197-211, p. 206.

producen dentro del sistema, en cuyo caso constituyen antinomias que deben ser resueltas; o si se producen entre sistemas, en cuyo caso juegan otros criterios que hemos visto ya en el Derecho Internacional Público y Privado y en el Derecho Europeo. La gran diferencia entre ambas viene marcada porque en el primer caso, unas normas pueden derogar a otras, lo cual es imposible en los conflictos intersistémicos.

Las metodologías de resolución de las antinomias son muy diversas, pero aquí vamos a resumirlas en las más fácilmente reconocibles: jerarquía, competencia, tiempo y especialidad.

2. Jerarquía

El criterio de **jerarquía** sirve para ordenar el sistema de fuentes interno. Su importancia, sin embargo, cede ante fenómenos jurídicos más modernos⁵⁶². En el ámbito de las relaciones entre Derecho Estatal y Derecho Internacional, se ha intentado extrapolar la función estatal del principio de jerarquía. Esta era probablemente la intención del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 cuando estableció en su artículo 53 que «*es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general*» (es decir, que sea una norma de *ius cogens*) y en su artículo 64 que «*si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará*». Menos claro es el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que parece recoger ya una teoría más moderna, aunque ha sido interpretado de nuevo en clave jerárquica: «*En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro*

⁵⁶² Por ejemplo, TEUBNER, con su habitual perspicacia jurídica *construye* toda la evolución del Derecho Global como la historia de una *deconstrucción* derridiana, en el sentido de que derriba mitos jurídicos consolidados, y por encima de todos ellos se encontraría la misma noción de ordenamiento sistemático fundado en el principio de jerarquía. Así, por ejemplo, la *lex mercatoria* introduciría una suerte de sistema de justicia privada que acabaría con determinados mitos sobre el carácter jurídico-público de la función judicial: «*The object of traditional deconstruction is Law's Empire: self-observations of the legal system, pure social abstractions of law, legal theories and doctrines, normative arguments and interpretations. The dangerous supplement would be "L.A. Law": elementary operations of law, law's "dirty" social practices, the elementary dispositions that effectively change legal structures [...] Look to our example of rule hierarchy again: While Legal Theory has limited its deconstructive efforts to concepts of legal hierarchy developed in legal theory and doctrine, today's globalization of law is deconstructing the operative hierarchy itself. The self-reproduction of Law's hierarchy, questioned for decades by legal critique, effectively breaks down under the pressures of globalization*» (TEUBNER, G. (1997c): «The King's many bodies: the self-deconstruction of Law's hierarchy», *Law & Society Review*, 31, 4; pp. 763-787, p. 772). De todas formas, no creemos que haya que llegar a tal extremo: en primer lugar, es bien cierto que el Derecho Global rompe las costuras consolidadas del Derecho del Estado: lo hemos demostrado nada menos que con la superación del dogma de la eficacia automática del Derecho válido y vigente que no necesita ser recibido, que como sabemos se remonta al siglo XVI. Sin embargo, no es menos cierto que, al tiempo que el Derecho Global demuestra que muchos dogmas jurídicos son sólo válidos en su contexto, hay que hacer dos salvedades, ya expresadas a lo largo de este trabajo. La primera es que tal modelo sigue siendo válido para el Derecho del Estado. La segunda, es que el Derecho Global también debe aspirar a ser sistemático (aunque su sistema no esté fundado necesariamente en el principio de jerarquía normativa). Pues bien, tal es el objetivo del presente trabajo.

convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta»⁵⁶³. Por contra, parece que en Derecho Internacional Público es difícil seguir hablando de jerarquía. Siguiendo la -en cierto modo acertada- traducción española del artículo 103 CNU es más lógico ver aquí una relación de prevalencia, similar pero asimétrica con la bien conocida del Derecho Europeo, de manera que la norma interna es *desplazada e inaplicada* en favor de la norma internacional. Esto es exactamente lo que ha venido a establecer en España el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales⁵⁶⁴. Como consecuencia, se debe convenir con la afirmación contundente pero muy certera de que carece de sentido seguir planteándose la cuestión del rango de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno (al menos, en lo que al ordenamiento jurídico español se refiere) porque la relación entre normas internacionales y normas internas es claro que no se ordena por un criterio de jerarquía, sino por un criterio de primacía aplicativa⁵⁶⁵.

3. Primacía en las normas privadas supranacionales

Por tanto, el criterio jerárquico habría que excluirlo también, *a fortiori*, de las relaciones entre normas privadas supranacionales y normas internas. La razón es, primeramente, que no existe motivo para fundamentar que existe una relación jerárquica entre ambas, como no existe tampoco, tal y como acabamos de ver, entre normas internacionales e internas. Por mucha que sea la legitimidad democrática de nuestras leyes, es una petición de principio afirmar por ello su superioridad jerárquica: las normas emanadas de un Estado de Derecho democrático no son superiores a las normas supranacionales porque el Estado de Derecho democrático sea *superior* (¿en qué sentido, político, moral?) al (des)orden supranacional. El mecanismo de referencia en las relaciones internormativas debe ser, sin duda, el de la primacía aplicativa, el mismo que rige en los modelos del Derecho Europeo e Internacional. Cosa distinta es que la *extensión* de tal principio sea la misma en ambos casos, pues en el caso

⁵⁶³ A favor de esta posición, REIMER (2016:99), que, aún así, reconoce que no existe la jerarquía normativa con carácter general en el Derecho Internacional Público, de manera que la posición jerárquicamente superior del *ius cogens* fundada en estos preceptos sería «*la excepción*» (sic). En contra, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018:102), que lo cita.

⁵⁶⁴ «*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional*». Este régimen es, por tanto, más débil que el de la primacía del Derecho Europeo, donde sí es claro que debe prevalecer éste incluso sobre las normas constitucionales, como quedó claro en el siempre polémico caso *Melloni* (C-399/11, de 26 de febrero de 2013).

⁵⁶⁵ En este sentido, textualmente, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018:123).

de las normas privadas supranacionales, en ningún caso justificará el desplazamiento de normas constitucionales, y sólo puntualmente de normas con rango de Ley.

4. Y cuándo es permisible que una norma privada supranacional desplace una norma con rango de Ley

Así, si se pretende que una norma con rango de Ley prevalezca sobre una norma privada supranacional, tal prevalencia deberá argumentarse sobre el fundamento del carácter imperativo de la Ley, vinculado principalmente al orden público y por tanto perteneciente al procedimiento de legitimación. Esto significa, por tanto, que toda norma privada supranacional puede desplazar cualquier norma interna con rango de Ley que sea dispositiva. Pero habrá que considerar que es dispositiva cualquier Ley cuya imperatividad no haya sido admitida como integrante del orden público estatal por parte del Juez que ha de resolver el conflicto⁵⁶⁶. Esto implica que no toda forma de carácter imperativo de la Ley puede justificar la exclusión de la norma privada supranacional, sino sólo aquella que, verdaderamente y dentro del análisis del procedimiento de legitimación, pueda considerarse como integrante de

⁵⁶⁶ La por otra parte hoy en día ya malograda Ley interna, incluso aunque sea imperativa, podrá ser desplazada siempre que el nivel de protección que la norma privada supranacional aporte sea equivalente. No hay contradicción ni excepción en este caso: si la norma supranacional cumple con el imperativo de la norma interna, aunque tenga rango de Ley, no hay motivo para desplazarla, y sí tal vez para forzar una interpretación conforme. En el ejemplo propuesto inmediatamente, encontramos el conflicto entre una opción del *Model Law* de Arbitraje de UNCITRAL, que permite a las partes reconocer la validez de un convenio arbitral no escrito (norma privada supranacional) y una norma imperativa interna con rango de Ley, el artículo 9.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que exige que el convenio arbitral conste por escrito (también introduciendo en el Ordenamiento jurídico español una regla del *Model Law*, pero que en la norma privada supranacional se presenta como alternativa para el legislador y para las partes). De esta manera, se niega a las partes una elección que la norma supranacional permite. La respuesta en este caso, creemos, debe ser la validez del convenio arbitral no escrito a pesar de la Ley imperativa interna, puesto que el convenio arbitral acordado conforme al *Model Law* de UNCITRAL, aunque no sea escrito, presenta las mismas garantías que exige la Ley de Arbitraje (que no en vano lo toma como modelo también) a pesar de que en cuanto a su constancia *física* (o digital) las partes hayan optado por una opción diferente a la del legislador. En todo caso, los supuestos normales serán, bien que la colisión de la norma supranacional se produzca con un principio constitucional del ordenamiento, especialmente con un derecho fundamental (en cuyo caso se resolverá la cuestión en la fase de aplicabilidad objetiva) o bien que la norma supranacional supere esta fase, y en la fase de aplicabilidad funcional entrará en conflicto con una norma interna con rango de Ley pero disponible o bien con una norma reglamentaria, donde el problema de la imperatividad ya tiene menor peso democrático y mayor carácter técnico, y será más fácil de resolver en favor de la norma privada supranacional. Y, de no haber norma de conflicto interna, sencillamente la norma privada supranacional colmará una laguna. En todo caso, hay que advertir que aunque no parezca muy sorprendente que la norma privada supranacional desplace una norma con rango de Ley disponible (una cláusula contractual puede hacerlo) la importancia de la cuestión estriba en que, como fenómeno propio del Derecho de la Sociedad Post-Industrial y sin perder por ello su origen e inspiración liberal, la norma privada supranacional regula ámbitos jurídico-materiales completos de determinados sectores económicos. Esto implica que, aunque el Derecho Global sea de naturaleza tópica y la norma desplazada sea una concreta en el contexto de una decisión judicial particular, en realidad la norma privada supranacional está desafiando toda la regulación disponible llevada a cabo por la Ley -y en gran medida también la imperativa-, porque potencialmente puede desplazarla completa: en el fondo siempre hay un conflicto intersistémico. Esto obviamente no sucedía con las reglas disponibles en Derecho Privado y su desplazamiento en un negocio jurídico concreto; pero aquí sólo será admisible, insistimos, cuando la norma privada supranacional garantice un nivel de protección equivalente al de la Ley imperativa interna.

orden público del Estado, y siempre que su inaplicación y la correspondiente aplicación de la norma privada supranacional viole tal orden público. Efectivamente, veremos inmediatamente con un ejemplo que puede suceder que, si la norma privada supranacional cumple dos condiciones concurrentes: a) que la norma supranacional protege los mismos bienes jurídicos que la norma imperativa interna y b) que la norma supranacional tiene un carácter técnico que la acredita como norma especial para el sector, ámbito material o supuesto al que pretende aplicarse, respecto a la más general norma interna, aunque imperativa; en este supuesto con ambas condiciones concurrentes, sucederá que se salvaguarda el orden público interno suficientemente, aunque se desplace la norma imperativa interna, al tiempo que se satisface mejor el interés particular de aquel sujeto al que se aplica la norma. Se trataría, entonces, de entender la imperatividad de la Ley formal no en un sentido formal, sino en un sentido material, de manera que la propia norma supranacional puede satisfacer el fin tuitivo o resultado material pretendido por la norma imperativa interna. En todo caso, sobre el criterio de la jerarquía no podrá argumentarse sin más la exclusión de la norma privada supranacional, pues no rige en esta relación intersistémica tal criterio, sino la primacía aplicativa.

II. Ejemplo. Cláusula de acuerdo arbitral no escrito

1. UNCITRAL y el Model Law (y su reforma)

Evidentemente, la pregunta inmediata que surge a partir de la anterior propuesta, que admitiría que una norma privada supranacional desplace una norma interna con rango de Ley y de carácter imperativo, es si, precisamente por su carácter imperativo y de rango de Ley, estas normas no constituyen ya, siempre y de por sí, parte del orden público inviolable del Estado. En realidad, esto sólo es así si la norma externa, internacional o privada supranacional, no es capaz de ofrecer el mismo nivel de protección de los principios constitucionales que la norma interna. Vamos a ver esto con un ejemplo.

Como ejemplos de normas privadas supranacionales no asociadas a ninguna institución arbitral en concreto proponemos efectivamente las elaboradas por UNCITRAL (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI por sus siglas en español). Como es bien sabido, la Comisión ha creado una Ley Modelo de arbitraje internacional muy avanzada, cuya primera versión data del año 1985 y cuya reforma corresponde al año 2006, por el momento, y que ha sido adoptada como Ley arbitral por

muchos Estados miembros, incluida España mediante la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. En cualquier caso, lo que nos interesa de esta norma internacional es más bien su posible adopción directa por parte de algunos sujetos. Aclaremos ya que, en todo caso, no hay que confundir las reglas de arbitraje UNCITRAL con la Ley Modelo, aunque nuestro planteamiento es que ambas pueden usarse como normas privadas supranacionales para regular un arbitraje en concreto.

2. El llamado «soft law» arbitral

Cabe mencionar, antes de continuar, que la doctrina ha distinguido una serie de normas menores dentro del arbitraje internacional, que ha categorizado como *soft law* arbitral⁵⁶⁷. Se refieren con este nombre a reglas y directrices de todo tipo que aparecen en el mundo del arbitraje, siendo elaboradas por asociaciones y organizaciones (y a veces individuos) con una relevancia menor respecto de las grandes instituciones, y que no tienen vocación de aplicarse obligatoriamente.

El ejemplo más famoso es, desde luego, las reglas de la IBA (*International Bar Association*), llamadas «*Guidelines on Party Representation in International Arbitration on 25 May 2013*». Estas directrices se refieren sobre todo a asuntos de conflictos de interés entre las partes y los árbitros, los deberes de comunicación de los árbitros de su propia apariencia de parcialidad, divididos en tres grados, malas prácticas en la información remitida al Tribunal y a la otra parte cuando es preceptivo entregarla y regulación de la concurrencia de testigos y peritos. Estas reglas cuentan con un amplio reconocimiento en el mundo del arbitraje. Hay además otras muchas normas sobre estas y otras materias, emitidas también por UNCITRAL y otras organizaciones.

Pues bien, como ya hemos dicho reiteradamente, nosotros rechazamos el concepto de *soft law* mismo a nivel supranacional, o mejor dicho, lo reducimos al concepto de norma privada supranacional. Es decir, que el llamado *soft law* es un conjunto de normas privadas supranacionales que requieren la recepción del sujeto para poder ser aplicadas. De hecho, las reglas de la IBA sobre arbitraje son un magnífico ejemplo, precisamente porque son completas, claras, concisas, fácilmente aplicables e implantan por lo general la solución más

⁵⁶⁷ Estas son, en nuestra opinión, normas privadas supranacionales, en el sentido de que les va a ser aplicable el régimen jurídico que desarrollamos en el presente trabajo, y no *soft law* asimilable al administrativo o europeo, que en la división que hemos trazado tendría una metodología distinta, desarrollada por SARMIENTO (2008).

admitida, además de dirigirse justo a los puntos conflictivos en los que los reglamentos de las instituciones arbitrales y UNCITRAL no suelen entrar. La inclusión en una cláusula arbitral de una referencia a las reglas IBA, una cláusula contractual que las admita o sencillamente una actuación de hecho que implique su aceptación en el procedimiento arbitral, son suficientes para que estas reglas puedan tener eficacia normativa, exactamente igual que cualquier otra norma privada supranacional. En definitiva, como hemos explicado más arriba, *soft law* suele ser un parapeto para la creación de normas de alcance general, evitando el ciudadano corporativo autor a su vez toda clase de responsabilidad como autor de normas jurídicas. No queda más que reconocer que, en este caso, la IBA actúa como ciudadano corporativo creador de normas jurídicas, y uno altamente experto, pero las supuestas normas de «*soft law*» arbitral no nos parecen en absoluto distintas en su naturaleza al resto de normas privadas supranacionales.

3. Un ejemplo práctico: adscripción de un sujeto de una norma privada supranacional a la opción del Model Law reformado de arbitraje no escrito: conflicto con la norma interna y resolución

Para terminar, vamos a ofrecer un ejemplo práctico más que, aunque sea en este caso de laboratorio, puede ser útil para entender cómo debe aplicarse una cualquiera norma privada supranacional en conflicto con una Ley imperativa.

Hemos dicho que un sujeto, o varios contractualmente, pueden someterse a la aplicación de una norma privada supranacional cualquiera que sea de su conveniencia. En el caso que proponemos, dos sujetos adoptan un convenio arbitral verbalmente, e intentan celebrar el arbitraje en España. La respuesta inmediata del jurista estatal debería ser que, ciertamente, esto no es posible, porque dicho convenio no es válido, pues para serlo debe constar por escrito, y por tanto el convenio arbitral no existe. Pero estamos en la era del Derecho Global, y tal vez hemos resuelto el caso demasiado rápido. Veamos.

En realidad, esta práctica ha sido objeto de polémica en la propia UNCITRAL. Tradicionalmente, la Ley Modelo de 1985 había exigido que el Convenio constara por escrito. Sin embargo, es cierto que, con el avance de las nuevas tecnologías y la expansión del arbitraje, la exigencia quedaba anticuada⁵⁶⁸. Al actualizar la Ley Modelo en 2006, el artículo

⁵⁶⁸ Vid. REDFERN (2015:75-78).

7 deja dos opciones al legislador (y por tanto también al sujeto que aplique la Ley modelo a su propio arbitraje). Son las siguientes:

«Opción I

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

[...]

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Opción II

Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no».

Pues bien, como puede comprobarse, la Ley Modelo no sólo ha ampliado extraordinariamente en su Opción I el ámbito objetivo del acuerdo escrito, sino que, de hecho, lo ha eliminado completamente en su Opción II. Siguiendo ésta última, el acuerdo arbitral no requiere formalidad alguna. Así es también en algunos ordenamientos nacionales que han recogido el *Model Law Option II*, como la norma que regula el Arbitraje Internacional en Francia, el artículo 1507 del Decreto 2011-48⁵⁶⁹.

El jurista formado en el Derecho del Estado debe recordar ahora, sin embargo, que la norma aplicable en Derecho español es el artículo 9.3 de la citada Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que recoge sustancialmente la Opción I de la Ley Modelo de 2006. Dice así:

«3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español».

Pues bien, ¿qué ha sucedido aquí? Imaginemos que las dos partes pertenecen a un mercado determinado en el que se realizan multitud de operaciones verbalmente a diario y en muy poco tiempo. En sus relaciones contractuales, los conflictos se resuelven acudiendo a un rápido arbitraje *ad hoc* de un árbitro único, para lo cual siguen las normas más flexibles y

⁵⁶⁹ Vid. REDFERN (2015:78).

modernas que han conseguido encontrar, y han elegido la Ley Modelo de 2006 y su Opción II, de manera que su costumbre es no registrar nunca por escrito sus contratos de arbitraje: todos saben que, si surge un problema con alguna de las operaciones, la vía a seguir es el arbitraje *ad hoc*, y sobre esto hay un acuerdo tácito y una práctica consolidada. Suelen celebrar los arbitrajes en Francia (donde rige la Opción II adoptada en el Derecho interno) pero en esta ocasión lo solicitan en España.

Ciertamente el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje, aunque se refiere al Derecho estatal extranjero, podría caber para darnos cobertura y permitir la aplicación de la Opción II. Pero es un esfuerzo interpretativo difícil, sobre todo teniendo en cuenta que la colisión entre la Opción II de la Ley modelo y el artículo 9.3 de la Ley de arbitraje es total. Pues bien, ¿puede la elección por parte de los sujetos obligados por la norma privada supranacional, la Ley Modelo y su Opción II, desplazar la norma imperativa interna?

Aunque somos conscientes de lo sorprendente de la respuesta, creemos que sí. El motivo es sencillo: ya hemos dicho que, una vez planteado el conflicto de normas (asumimos que la Ley Modelo Opción II no viola el orden público español y puede ser aplicada, en la medida en que es la propia Ley Modelo la que ha sido admitida en la Ley de Arbitraje española, aunque se haya hecho en otros términos) debe resolverse por los métodos que mejor se ajusten a los intereses del propio sector que se está regulando, y en particular la metodología que más casos puede abordar es, seguramente el análisis económico del Derecho (el reconocimiento *contra legem internam* del convenio arbitral no escrito sería la solución más eficiente económicamente y serviría al mayor interés de ambas partes).

En cualquier caso, si la Ley Modelo Opción II no viola el orden público interno, no se entiende por qué no va a poder ser aplicada, si es la preferencia de las partes. Estando ambos de acuerdo en que han pactado un arbitraje sencillo *ad hoc* y de árbitro único, no se entiende en qué perjudica esto al orden público y les obliga, bien a adoptar un acuerdo de sumisión a arbitraje de la cuestión más complejo de elaborar y sobre todo de pactar que el convenio arbitral previo⁵⁷⁰, especialmente si es no escrito, bien a acudir a los órganos de la justicia ordinaria. El hecho de que la norma sea imperativa, por otra parte, es en sí mismo discutible, si resulta que el modelo sobre el que se redacta establece él mismo una excepción. Además, es necesario que el Estado sea sensible a aquellas situaciones en las que la imperatividad de sus

⁵⁷⁰ Sobre esto vid. REDFERN (2015:108).

normas es realmente necesaria, y aquellas otras en las que la elección de la norma puede razonablemente quedar en manos del propio sujeto obligado, más aún a la luz de una realidad jurídica global o supranacional, que tiene la tendencia creciente de desbordar el Derecho estatal. Estamos, en nuestra opinión, en éste último caso, y por tanto concluimos que la aplicación de la Ley Modelo Opción II debería autorizarse.

III. Competencia

El criterio de **competencia** tampoco es el adecuado para enjuiciar las normas privadas supranacionales. La razón es sencilla: en su aspecto de espacio de aplicabilidad territorial del Derecho, se fundamenta obviamente en el principio de territorialidad (estatal en el Derecho Internacional Público o infraestatal en el Derecho interno)⁵⁷¹. Obviamente, ya sabemos que precisamente es un rasgo propio de las normas privadas supranacionales su desconexión del territorio. En cuanto a su vertiente funcional, puede decirse lo mismo, porque la distribución de competencias funcionalmente se produce siempre en el contexto de una competencia territorial.

Por tanto, este criterio, que ha sido fundamental para organizar las relaciones de poder dentro de los Estados territorialmente complejos, como es España bajo la Constitución de 1978, no resulta viable ante las normas supranacionales. Éstas no se dictan en un ámbito competencial propio, sino en ejercicio de un poder *de facto* para regular un sector, por lo general de mercado, en el que los ciudadanos corporativos participan decisivamente. Además, lo normal es que los conflictos de competencia hayan sido resueltos *ex ante* por el legislador al atribuir diferentes competencias a cada titular de potestades legislativas en colisión, distribución que evidentemente está fuera del alcance del legislador en el caso del Derecho

⁵⁷¹ En este sentido, muy explícito REIMER (2016:111).

Global y sus normas supranacionales. Por tanto, hay que descartar el criterio de competencia⁵⁷².

IV. Tiempo

El **tiempo** es el gran clásico de las relaciones internormativas entre normas del mismo sistema y del mismo rango. Mediante el principio *lex posterior derogat priori*, la ley posterior en el tiempo no sólo desplaza a la anterior en su aplicación, sino que tiene poder para derogarla. De hecho, es el método habitual de derogación en los Estados modernos. Este sistema, tan característico del Estado-legislador, sólo funciona si ambas normas han sido dictadas por el mismo órgano y por el mismo procedimiento, lo que permite que la norma posterior, de igual naturaleza y legitimidad que la anterior, la derogue⁵⁷³. También puede funcionar coordinado con el principio de jerarquía si una norma es de rango inferior a la otra y el ordenamiento contempla que la norma de mayor rango pueda modificar por su procedimiento a la de rango menor, o si la norma de rango inferior anterior deviene nula como consecuencia de la incompatibilidad. Sea como fuere, no hay posibilidad de aplicar este criterio entre normas que provienen de sistemas de fuentes absolutamente diversos, y por tanto esta opción debe ser excluida.

⁵⁷² Conviene subrayar que en esta última fase estamos siempre ante una *norma de conflicto* y no ante una norma de competencia. Esto es obvio una vez asumida la posición pluralista de corte luhmanniano de la que hablábamos a comienzo del trabajo. Así, en la medida en que Derecho Global y Derecho Estatal o Internacional constituyen sistemas jurídicos distintos, no es imaginable su distribución competencial coordinada *a priori*, a la vez que -precisamente a consecuencia de esta ausencia de distribución competencial- es perfectamente posible imaginar supuestos de conflictos normativos. Ahora bien, esta advertencia es necesaria, creemos, porque esta distinción no es tan evidente en sistemas jurídicos tendencialmente monistas. Por ejemplo, un caso clásico es el del artículo 31 de la Constitución Alemana, que -en el marco de la distribución de competencias entre los *Länder* y el Estado Federal- establece la regla de prevalencia del Derecho estatal con la expresiva afirmación *Bundesrecht bricht Landesrecht*. La discusión doctrinal se dividió entre los partidarios de entender esta norma como una regla de conflicto y una regla de competencia. El debate tenía mucho sentido histórico, puesta tal regla procedía de un lejano conflicto decimonónico entre el Derecho del Reich, en gran medida introductor del Derecho romano, y los Derechos singulares apegados a la tradición jurídica germánica. La regla de prevalencia elegida en aquellos casos variaba según el ámbito material, pero su naturaleza era innegablemente la de una norma de conflicto. Pero aplicado a un sistema constitucional que se concibe mayoritariamente en la doctrina como monista, este conflicto normativo sólo puede ser competencial. Llevando aún más lejos la perfección del sistema, se asume que, en caso de un conflicto normativo, el problema conflictual no existirá realmente como tal, sino como un mero problema de competencias, pues una de las dos reglas habrá sido dictada fuera de la competencia de su autor, y por tanto no existirá en el sistema jurídico. Sobre este debate, vid. PAREJO ALFONSO, L. (1981): *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*, Madrid: CEPC, pp. 44-59. Se entiende ahora cómo una norma de conflicto se transforma en una norma competencial en un sistema monista. Sin embargo, esto no es admisible -ni concebible- en el ámbito global, sede máxima del pluralismo jurídico contemporáneo. De ahí que la clave de bóveda de todo el presente trabajo resida, precisamente, en los conflictos normativos.

⁵⁷³ Por ejemplo, vid. DE CASTRO (1955, I:702 y ss.).

V. Especialidad

1. Cuestiones generales

Nos queda sólo una opción, pero habremos de interpretarla de manera particular. En su formulación clásica, el principio de **especialidad** clasifica las normas de todos los conflictos en dos: una más general y otra más especial, especialidad que se da no en la norma misma como producto *formal*, aspecto en el cual es igual a cualquier otra, sino como producto *material*, en virtud de un juicio comparativo sobre su contenido y el de la norma de parangón, que normalmente tendrán puntos en común, pero una de las cuales abarcará un ámbito de aplicación más restringido y específico que la otra⁵⁷⁴. La aplicación de la norma especial viene de suyo, porque es la más específicamente dirigida a resolver el supuesto y por tanto la más sensible al problema de hecho subyacente, y porque no tendría sentido promulgar una norma especial para aplicar a sus supuestos otra más general, en cuyo caso la norma especial queda sin ámbito de aplicación. El aforismo de esta técnica se conoce como *lex specialis derogat generalis*, aunque no funcionará así en el sentido moderno de estos términos en las normas privadas supranacionales, porque la norma especial ni mucho menos deroga la general, sino que la desplaza, de forma que ésta se inaplica en el caso en concreto, en favor de la norma especial⁵⁷⁵.

Aquí el conflicto es ya un conflicto entre reglas particulares, en el que sólo cabe que una norma de conflicto se decante por una de ellas⁵⁷⁶. Pero más importante aún es constatar, de entre los mecanismos tradicionales, el de especialidad es el que da lugar al método de resolución del conflicto de la inaplicación, mientras que los anteriores (jerarquía, tiempo, competencia) resolvían el conflicto con sanciones más graves (nulidad, derogación) y siempre imposibles en las relaciones intersistémicas. Nuestro interés en este criterio, por tanto, es exactamente este: que la consecuencia jurídica de la *lex specialis* es siempre la inaplicación y no la derogación⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ ALMOGUERA (2009:324).

⁵⁷⁵ Además, ALMOGUERA (2009:325) duda incluso de la autenticidad del aforismo mismo, afirmando que los inicios de esta técnica hay que buscarlos en el siglo XIX y no antes.

⁵⁷⁶ En este sentido, REIMER (2016: 105 (pf. 196)).

⁵⁷⁷ De nuevo, vid. REIMER (2016:107 (pf. 205)).

Lo que se propone en el presente trabajo es que esa regla de conflicto se inspire en el método que mejor se adapte al principio jurídico subyacente a la materia que regulan ambas normas. De ahí que recurramos al análisis económico, pues en la mayor parte de los casos el principio subyacente será la eficiencia económica, pero también en otros sectores pueden primar otros principios, v.gr. precaución en medioambiente o *pro competitione* en el sector deportivo. El funcionamiento de la especialidad, por tanto, puede ser equivalente, pero no necesariamente, al que se produce en el contexto intrasistémico. Por eso nuestra especialidad guarda en realidad dos modelos de especialidad diferentes. En la **especialidad clásica** rige el enfrentamiento entre una regla más general y otra particular en su contenido material, tal y como lo conocemos ya. Si esta diferencia existiere, la balanza se inclinaría por lo general a favor de la norma supranacional (casi sin excepción sectorial y técnica). Pero si ambas normas, supranacional e interna, fueren técnicas y particulares, el criterio de especialidad muta, y se convierte en **especialidad principal**: se tratará de recurrir al criterio que busca la norma que mejor realiza el principio que subyace a la materia regulada, al tomar como patrón de especialidad el desarrollo de los principios jurídicos de ésta⁵⁷⁸. Así, la especialidad funciona «en cascada»: en primer lugar, en caso de conflicto entre una norma supranacional y la norma interna, según el modelo más clásico se elegirá la norma especial por ámbito material; si ambos ámbitos materiales son similares, recurriremos a la especialidad en la realización del principio subyacente a las normas, el que rige su sector de actividad, etc.

No resulta difícil imaginar que esta regla va a resultar en una norma favorable al mercado, por la mayor sensibilización que habitualmente tienen las reglas específicas con el sector que regulan. Y tampoco es complicado figurarse que esta regla favorecerá sistemáticamente a las normas privadas supranacionales, que por esencia son normas muy técnicas y concretas, diseñadas para resolver problemas de mercado que se les presentan a los propios operadores. Al fin y al cabo, ya hemos explicado más arriba que son normas tópicas y aporísticas, diseñadas para resolver problemas concretos, de manera que la especialidad es su punto más sobresaliente. Sin embargo, también es posible que ambas normas de conflicto sean de una especialidad similar y difícilmente comparable, porque el Estado también dicta normas muy

⁵⁷⁸ Así, en el ejemplo que hemos citado más arriba, la especialidad de la regla del *Model Law* Opción B que permite la celebración de un Convenio arbitral no escrito no se fundamenta en su carácter particular respecto de la regla del artículo 9.3 de la Ley de Arbitraje, que regula exactamente el mismo contenido material pero en sentido contrario (el del *Model Law* Opción B) sino en su mayor fidelidad al principio que subyace al arbitraje, que podríamos llamar sencillamente *pro arbitratio*, es decir, que favorece la autonomía de la voluntad de las partes al elegir este mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos y su eficacia para que el arbitraje se celebre.

específicas en los sectores regulados. Además, algunas reglas muy específicas resultan ser a veces ineficaces, o adaptarse peor al mercado que regulan que las supranacionales, lo que justifica que en último término volvamos a un análisis de principios para determinar la especialidad de la norma. Por eso puede llamarse a esta particular versión del criterio de especialidad «ponderada»: no basta con comparar el contenido de las reglas para entender cuál de ellas es más específica o se centra más en la regulación del mercado o del sector en cuestión. Serán habitualmente reglas muy parecidas, que difícilmente pueden ser distinguidas por su especialidad, si no acudimos a un examen de los principios subyacentes. Conocidos éstos, ya podemos saber qué principio es más favorable a los intereses que queremos proteger, y por tanto cuál de las reglas se adapta mejor al mercado que queremos regular, al tiempo que sopesa otros intereses en liza. Así, si del análisis económico de ambas normas resulta que una de ellas mejora el conjunto del mercado y beneficia a más sujetos, dañando lo menos posible otros intereses -es decir, si el juego beneficios-daños supera al de la norma contraria- la aplicación de esta regla se adaptará mejor al mercado que regula.

2. Ejemplo. Un ejemplo del sector del medio ambiente: la norma EMAS III frente a ISO 14000

2.1. El objeto: dos normas supranacionales en materia de certificación ambiental

El segundo gran sector en el que proliferan los ciudadanos corporativos y las normas privadas supranacionales es el del medio ambiente. Efectivamente, las normas sobre protección del medio natural son múltiples, especialmente a nivel internacional⁵⁷⁹. Pero la incisión de las normas privadas supranacionales en el Derecho ambiental es aún mayor. Para comprenderlo, proponemos un ejemplo concreto de normas privadas de ámbito material ambiental, para comprobar qué clase de problemática generarían.

En materia de protección ambiental, los Convenios Internacionales son sólo la cumbre del fenómeno. En niveles inferiores, la proliferación de normas, públicas y privadas, es inmensa.

⁵⁷⁹ Sobre esto vid. DANN y ENGELHARDT (2011:1377). Sobre el medio ambiente en general vid. DURNER, W. (2007): «Internationales Umweltverwaltungsrecht» y ROSSI, M. (2007): «Europäische internationale Umweltverwaltungsrecht», en MÖLLERS, C., VOSSKUHL, A. y WALTER, C (2007), pp. 121-164 y pp. 165-180, respectivamente. En España, una visión general del tema puede encontrarse en LÓPEZ ÁLVAREZ, L.F. (2014): «La normalización, la certificación y las marcas de conformidad para la gestión ecológica de las empresas» en LOZANO CUTANDA (dir.) (2014): *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid: CEF, pp. 643-698.

Nosotros vamos a detenernos en los ejemplos de la legislación europea, que a su vez se entrelazan con normas internacionales⁵⁸⁰. Veamos.

Pues bien, como consecuencia de esta doctrina fundamental, la legislación europea ha tendido en muchas materias a remitirse a normas privadas supranacionales. Este fenómeno no puede sorprendernos, y menos aún en el ámbito del Derecho ambiental, en el que las regulaciones son tan complejas y exhaustivas. De entre los diferentes ámbitos regulados por el Derecho ambiental, uno de los más complejos y debatidos ha sido, sin duda, el de la gestión y certificación ambiental. A nivel global, existen una serie de normas en esta materia, elaboradas por la organización ISO (que, como ya sabemos, es un ciudadano corporativo que tiene como fin exclusivo la elaboración de normas privadas supranacionales). Estas normas son conocidas globalmente como la norma ISO 14.000, elaborada por un Comité Técnico interno de la propia ISO, identificado con el número 207, y que a su vez comprendería varias normas, la más importante de las cuales sería ISO 14.001, sobre Sistemas de Gestión Medioambiental: Guías y principios generales, Sistemas y técnicas de soporte. Los sujetos obligados que desean cumplir con la norma y que les resulte aplicable deben obtener un certificado de la propia organización ISO.

Esta norma, que ha sido adoptada a menudo por sujetos de Derecho constituidos en España, convive con varias normas de Derecho blando europeo, tanto en el ámbito de la responsabilidad social corporativa (por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea sobre la Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, de 25 de octubre de 2011 (COM(2011) 681 final) y especialmente con un sistema de gestión y auditoría medioambiental *voluntario* propio, el EMAS III, establecido por el Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión (en España, hay que tener también en cuenta el Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, por el que se

⁵⁸⁰ Como es bien sabido, el Derecho Europeo se abre a las normas privadas supranacionales fundamentalmente por una sentencia, de múltiples consecuencias, la celeberrima *Cassis de Dijon*, Asunto C-120/78. Rec, 1979, que en lo que a nosotros respecta, al instaurar el reconocimiento mutuo, fomenta también el recurso a normas supranacionales (de contenido material técnico generalmente) de manera que se reduzcan las diferencias entre las legislaciones nacionales. Es decir, que no sólo se precipita una carrera de «competencia» entre las respectivas legislaciones estatales sino que, lo que es más, se recurre directamente a normas que no nacen dentro del propio Estado, sino que aparecen en un plano supranacional.

establecen las normas para la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión.

Lo que nos impacta de esta segunda norma es su ámbito de aplicación, pues en su artículo 1 nos dice el Reglamento que *«se establece un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, denominado en lo sucesivo «EMAS», que permite la participación con carácter voluntario de organizaciones de dentro y fuera de la Comunidad»* (principio luego confirmado en el artículo 2.21 del Reglamento)⁵⁸¹. Es decir que, al margen de su génesis europea, el sistema es voluntario y adoptable por cualquier sujeto del mercado global. En este sentido, no hay dificultad en afirmar, en nuestra opinión, que la Unión Europea está generando aquí una norma supranacional, al margen de que el vehículo formal sea un Reglamento. Dicho de otra forma, en los términos de SANDULLI⁵⁸², la norma EMAS tiene *valor* de Reglamento Europeo (en el sentido de naturaleza forma de Reglamento Europeo), aunque su *fuerza*, es decir, la eficacia de su contenido, implica dar la opción a sujetos incluso ajenos a la Unión de adoptar la norma, y estos no son sino los efectos de una norma supranacional.

2.2. El posible conflicto entre dos normas supranacionales

Se diría que ya sólo por la comprobación de esta singularidad ha merecido la pena traer el ejemplo al caso. Pero hay más. El sistema de ecogestión y ecoauditoría del Reglamento permite también la adhesión de cualquier institución jurídico-pública. Lo importante, en nuestra opinión, es más bien que el sistema EMAS III y el sistema ISO 14.000 conviven. Las vicisitudes de esa convivencia nos presentan preguntas interesantes. En primer lugar, una pregunta necesaria que debe plantearse doctrinalmente es si EMAS III, por estar instituida por un Reglamento de una entidad jurídico-pública, y más aún por el peso global que ésta, la

⁵⁸¹ No se trata sólo de que un sujeto de un tercer Estado adopte la normativa voluntariamente para actuar en territorio de la Unión Europea, sino que parece claro que la norma tiene potencial vocación supranacional, de manera su alta «calidad normativa» justifica que pueda ser elegida también por un sujeto privado externo a la Unión para aplicarla en un ámbito territorial igualmente externo a los confines de la Unión. Y de ahí que se multipliquen las posibilidades de colisión entre EMAS III e ISO 14.000, incluso fuera del territorio de la Unión Europea.

⁵⁸² SANDULLI, A.M. (1957): «Legge, forza di legge, valore di legge», *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, vol. 7, n. 2, pp. 269-292.

Unión Europea, ostenta, debería preceder de alguna forma a la normativa ISO correspondiente⁵⁸³.

Nuestra respuesta a esta pregunta es positiva, pero con serios matices. Por una parte, no se puede ignorar que el *valor* de Reglamento Europeo impone que el sistema EMAS III tenga una fuerza añadida con la que una norma supranacional emitida por un sujeto privado no puede competir. Pero por otra parte, en el Derecho Global hay un componente de competencia entre normas supranacionales que tampoco debería ignorarse. Ahora bien, es evidente que ambas normas no deben someterse al mismo procedimiento de legitimación. Así, la norma EMAS III no requiere ser legitimada en los Estados de la Unión Europea, pues ha sido introducida en el ordenamiento nacional por el Derecho Europeo. Sin embargo, en Estados terceros, el procedimiento de legitimación sí que podría ser aplicado igualmente a ambas normas, porque la norma europea es igual de ajena que la norma privada supranacional.

Lo que esto significa no es que el Reglamento deba ser obligatorio en alguno de sus términos o en todos ellos para todos los operadores (obviamente, porque esto sería contrario al propio objetivo del Reglamento) sino que, de estar una organización certificada por ambas normas, y por tanto estando vinculada por ambas, habrá que tener en cuenta al resolver el conflicto normativo que una de las normas, en este caso la EMAS III, puede estar expresando algunos principios de política legislativa que, aunque no sean obligatorios *a priori*, sí lo son una vez que la norma es recibida por el sujeto, siempre dentro de los Estados miembros de la Unión. Es decir, que si bien la norma no es obligatoria en su contenido, la norma supranacional sí que está contenida en una norma jurídico-pública emanada de la Unión, y cuando la norma voluntaria es recibida por el sujeto, el Reglamento al completo resulta eficaz respecto de ese sujeto.

De esta forma, es posible que, aunque parezca paradójico, una norma no obligatoria incorporada en una norma jurídico-pública, cuando es recibida, tenga los efectos plenos de la propia norma pública tradicional. Esto es importante al resolver el conflicto, porque ciertamente el sistema EMAS III incorpora mayores garantías que la correspondiente norma ISO 14.000 (es, a cambio, más inflexible). El propio Reglamento EMAS III contempla en su

⁵⁸³ Al fin y al cabo, es un tópico hablar de la «superior» legitimidad del *soft law* administrativo, europeo o internacional respecto del privado supranacional, al menos entre aquellos autores que propugnan distinguir «grados» de legitimidad, vid. SARMIENTO (2008:82 y ss.) y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016:119-120).

Anexo II los requisitos que un sujeto acreditado por la norma ISO 14.000 debería cumplir para poder incorporarse al régimen del Reglamento⁵⁸⁴. Pero aún así, el conflicto es posible (por ejemplo, a cuenta del registro de la sociedad en el régimen del Reglamento por parte de la autoridad pública, en el caso de España, el MAGRAMA, *ex* artículo 2 del Real Decreto 239/2013). Hasta aquí la dinámica del conflicto entre EMAS III e ISO 14.000 en los Estados miembros de la Unión; sin embargo, fuera de ellos ambas normas son igualmente ajenas y voluntarias, y por tanto un Juez de un Estado ajeno a la Unión Europea, al enfrentarse a un conflicto de aplicabilidad entre ambas normas, no necesariamente tiene que tener preferencia por la norma europea.

2.3. El destino de la norma inaplicada

Aclárese por último, cuál es el destino de la norma inaplicada. Comprensiblemente, es impensable la derogación, pues ambas normas pertenecen a sistemas normativos diferentes y perfectamente diferenciados. La respuesta es sencillamente la inaplicación de la norma descartada en la ponderación por parte del órgano judicial. Esta solución, que tomamos obviamente del Derecho Europeo, no puede tener sin embargo los amplios límites que tiene en aquél. En particular, no puede decirse que ninguno de los dos grupos de normas, ni el estatal ni el supraestatal, ostente supremacía sobre el otro⁵⁸⁵; todo lo contrario, la elección de la norma aplicable es el fruto de un complejo proceso. En segundo lugar, las normas privadas supranacionales no están en ningún caso imbuidas de la legitimidad jurídico-pública de que gozan las normas del Derecho Europeo. En realidad, ya sabemos que sólo se legitiman mediante su reconocimiento por el sujeto obligado. Por todo esto hay que marcar distancias con el Derecho Europeo, que goza de mecanismos mucho más sólidos para imponer sus

⁵⁸⁴ Reglamento Comunitario (CE) n° 1221/2009, <https://www.boe.es/doue/2009/342/L00001-00045.pdf>, p. 24 y ss., modificado por el Reglamento (UE) 2017/1505 de la Comisión de 28 de agosto de 2017, <https://www.boe.es/doue/2017/222/L00001-00020.pdf>.

⁵⁸⁵ En contra, y a favor de un intento de «jerarquización» de las fuentes en un Derecho multinivel, se pronuncian RÖHL, H.C. (2009): «Finanzmarktaufsicht», en FEHLING, M. y RUFFERT, M., *Regulierungsrecht*, Tubinga: Mohr Siebeck, p. 1037, y DARNACULLETA (2015:212), que lo cita. En este esquema jerárquico se situarían en la cúspide de la pirámide los principios generales (por ejemplo, de la UE o la OMC), en el segundo escalón la legislación o las normas jurídicas en general emanadas de instituciones con competencias legislativas y reglamentarias (entendemos que con legitimidad democrática) y en el tercer escalón los «estándares», es decir, las normas privadas supranacionales. Los propios autores, sin embargo, revelan la debilidad de esta tesis: en el Derecho multinivel tales niveles no aparecen claramente delimitados, ni tampoco ostentan realmente una relación jerárquica entre sí, de manera que una tal teoría implica trasladar esquemas dogmáticos de los ordenamientos jurídicos estatales al nivel global, operación difícilmente viable. Nuestro modelo, creemos, es más flexible, y permite incluso desplazar una norma interna con rango de Ley siempre que ésta sea dispositiva, o incluso si es imperativa a condición de que la norma privada supranacional ejerza un efecto equivalente de protección de los intereses y bienes jurídicos protegidos por aquella norma interna.

normas frente a las normas internas. Y desde luego, los órganos judiciales nacionales no están obligados a inaplicar una de las dos normas -menos aún si se trata de la nacional- en los conflictos con normas privadas supranacionales, al contrario de lo que sucede en el Derecho Europeo. Pero eso sí, la técnica de la inaplicación de la norma descartada es el mecanismo ideal para satisfacer el interés de la parte en que se le aplique la norma que solicita, si ésta resulta más conveniente que la norma nacional. Es, por otra parte, la única solución viable si mantenemos vigente el sistema de fuentes del ordenamiento del Estado, presupuesto al que no podemos renunciar.

VI. La resolución del conflicto con las normas internas: el análisis económico del Derecho

1. Planteamiento general

Nuestra propuesta para resolver el conflicto normativo entre una norma privada supranacional y una norma interna, la llamada aplicabilidad funcional ya expuesta, es elegir la norma que, a juicio del órgano judicial, enfoque mejor la regulación de la materia que regula. Este criterio, por lo general, resultará previsiblemente favorable a la norma privada supranacional, que desplazará a la norma interna en su aplicación. Y dado que la mayoría de estas normas privadas supranacionales tienen una finalidad económica, parece claro que el método más apropiado para resolver el conflicto de normas será el análisis económico del Derecho⁵⁸⁶.

El análisis económico del Derecho ha hecho correr ríos de tinta en la dogmática jurídica de las últimas décadas. Procedente de la doctrina del *Law and Economics* del Derecho norteamericano, aspira a interpretar las normas jurídicas según los principios de la economía de mercado, con diversas variantes. El análisis económico del Derecho es, en principio, un

⁵⁸⁶ La bibliografía en esta materia es muy amplia. Entre las obras anglosajonas, la cita obligada es POSNER, R. A. (2007): *Economic Analysis of Law*, Nueva York: Aspen Publishers [traducción en POSNER, R. A., (2013): *El Análisis Económico del Derecho*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España]. Entre la bibliografía en lengua española general, vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J. (1980)., MERCADO PACHECO, P. (1994): *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*, Madrid: CEPIC; ARIÑO ORTIZ, G. (1993): *Economía y Estado, Crisis y reforma del Sector Público*, Madrid: Marcial Pons y ARIÑO (2004); GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI (1994); BEJARANO, J.A. (1999): «El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos», *Revista de Economía Institucional*, v. 1, n. 1, pp. 155-167; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2007): «Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho», *Indret*, n. 1/2007; SAFAR DÍAZ, M. (2009): «Análisis económico del derecho constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública», *Revista Derecho del Estado*, n. 23, pp. 175-190; CHIASSONI, P. (2013): *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, Lima: Palestra Editores, DOMENECH PASCUAL, G. (2014): «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de Administración Pública*, n. 195, pp. 99-103 y AAVV (2015): «Análisis económico del Derecho», en *Economía Industrial*, n. 398, Madrid: Ministerio de Industria.

método más cercano al Derecho privado⁵⁸⁷. Desde la eclosión de la escuela de Chicago, el método se consolida como lo que se ha denominado «una teoría positiva del sistema jurídico desde la perspectiva del paradigma de mercado y la eficiencia económica»⁵⁸⁸. Esta interpretación económica liberal del Derecho tiene su contrapartida en las interpretaciones económicas y filosóficas marxistas de la ciencia jurídica, que también tuvieron amplia difusión desde la segunda posguerra mundial, y especialmente durante los años sesenta y setenta del siglo XX. La mayoría de ellas se articularon no como teorías del análisis económico propiamente dicho, sino bajo otras supuestas formas de pluralismo jurídico, muy influenciadas por la sociología: los llamados Derecho alternativo y uso alternativo del Derecho⁵⁸⁹.

El Derecho alternativo sería un conjunto de normas adoptadas por ciertos ciudadanos de un Estado con el fin de regirse con independencia de éste, o al menos autónomamente. Los Derechos alternativos podrían ser complementarios al Derecho estatal, al que se califica de «dominante» o «hegemónico», en cuyo caso la propuesta es un pluralismo jurídico que mermase el poder del Estado. Aunque en la concepción genuina del Derecho alternativo, éste es literalmente «alternativo», es decir, que se trataría de un orden jurídico monista que aspira a derrocar al ordenamiento jurídico «hegemónico», el dimanado del Estado. En tanto que éste último estuviese vigente, sería Derecho alternativo aquél en el que el cumplimiento efectivo de sus normas son tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico «hegemónico». Esta propuesta se tradujo en un movimiento de pensamiento jurídico-marxista que tuvo especial incidencia latinoamérica, expandiéndose desde Brasil, donde al parecer hay que buscar su origen, y también su influencia como modelo para el Derecho Global⁵⁹⁰. Comprensiblemente, esta posición es difícil de sostener en un Estado de Derecho, y menos aún si el Estado de Derecho es democrático, si la alternativa que se pretende es en el mejor de los casos menos democrática que la Ley formal del Estado, y a menudo ha demostrado ser abiertamente antidemocrática.

Más predicamento tuvo en Europa la famosa doctrina del uso alternativo del Derecho, especialmente a través de su jurisprudencia italiana de los años sesenta y setenta. Fundándose

⁵⁸⁷ Así, vid. ALFARO (2007:4), SAFAR (2009:179), BEJARANO (1999:163), CHIASONI (2013:123) entre otros.

⁵⁸⁸ MERCADO (1994:30).

⁵⁸⁹ Sobre esto vid. SORIANO DÍAZ, R.L. (1997): *Sociología del Derecho*, Barcelona: Ariel, pp. 363 y ss.

⁵⁹⁰ Como ejemplo más típico, vid. DE SOUSA SANTOS, B. (1998): *La globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: UNC/ILSA y ATIENZA (2017:299).

en la negación del carácter científico del Derecho, y criticando los postulados básicos de la metodología jurídica, especialmente el mecanismo de subsunción del hecho jurídico en el supuesto de la norma, la teoría del uso alternativo del Derecho propugna que la ciencia jurídica es esencialmente ideológica. Así, resultaría que al aplicar la norma, el órgano judicial no puede limitarse a hacer una labor de subsunción pura, o de concreción de la norma inmediatamente superior mediante la producción de una inferior *ad casum*, por exponer la tesis kelseniana. Al contrario, en la aplicación de la norma se produciría una inevitable subjetivización judicial, al tiempo que entran en juego los efectos socioeconómicos del Derecho y su relación con otras ciencias sociales, que según esta doctrina son sistemáticamente ignoradas por los juristas. Al mismo tiempo, el Juez que se autodenomina apolítico estaría al parecer tomando una posición ideológica, pues la apoliticidad sería efectivamente una posición ideológica en sí misma, que además correría el riesgo de ignorar los factores socioeconómicos de las normas, o lo que es lo mismo, la apoliticidad o independencia judicial sería una posición conservadora, por la misma ausencia de postulados progresistas. Como consecuencia de la natural ideologización tanto del Derecho como de las decisiones judiciales, cabría proponer una interpretación «progresista» y «emancipadora» del Derecho⁵⁹¹.

Como ha recordado ARIÑO⁵⁹², entre los métodos de análisis del Derecho marxistas y el análisis económico del Derecho hay tanto paralelismos como profundas diferencias. No podemos por menos que convenir con el autor en que la doctrina del análisis económico del Derecho fue la respuesta a un marxismo ideológico, habitual en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, y bastante relevante en Italia precisamente, que mediante la doctrina del uso alternativo del Derecho trató de asociar las resoluciones judiciales (y administrativas) al pensamiento ideológico, apartándose del Derecho vigente si era necesario. Naturalmente, esta doctrina era y es mal recibida por la dogmática formalista. Ahora bien, argumenta el citado autor en que el análisis económico del Derecho no debe ser una réplica de este objetivo de aquellas teorías marxistas, en favor de la tendencia contraria, el liberalismo económico o el capitalismo. Ni se trata de someter el Derecho público a las directrices del pensamiento

⁵⁹¹ A este respecto, CHIASSONI (2013:34) elabora una lista de perjuicios o desventajas del análisis económico del Derecho, que naturalmente en este contexto se denominan «costes». En resumen, se acusa al análisis económico de servir de justificación teórico-formal a decisiones voluntaristas para optar por una determinada norma o interpretación y de querer expulsar de la aplicación del Derecho a cualquier otra teoría alternativa. A nuestro entender, la tensión entre análisis económico y uso alternativo se debe a su similitud funcional, es decir, ambas sirven para el mismo fin, para apartarse del formalismo positivista en uno u otro sentido.

⁵⁹² ARIÑO (2004:XLIX).

económico o de las leyes del mercado, ni de dejarlo en manos de una tecnocracia de economistas, sino de buscar «*la racionalidad económica de las decisiones de los poderes públicos sobre el mercado*»⁵⁹³.

El contraste sirve aquí también para reafirmar la utilidad del análisis económico del Derecho en la aplicación de las normas privadas supranacionales⁵⁹⁴, pero también para ver cómo el Derecho Global funciona en la práctica como un Derecho alternativo en conflicto con el Derecho del Estado, de manera que nosotros proponemos una solución o síntesis en la que el Derecho del Estado controla el Derecho Global. A este respecto, recordamos de nuevo que en este sentido las normas privadas supranacionales imponen al ser aplicadas un cierto uso alternativo del Derecho, por cuanto exigen una solución no contemplada *a priori* dentro del ordenamiento jurídico, el desplazamiento de una norma jurídica interna ante otra supranacional.

Además, si lo que pretendemos es que la regulación jurídico-pública tome en cuenta razonablemente las necesidades del mercado, la mejor opción es aplicar las mismas normas que el propio mercado crea para regularse a sí mismo. Más que intentar dar un enfoque económico a las normas privadas supranacionales, lo que pretendemos es darles una interpretación ajustada a sus propios fines. Dicho de otro modo, el enfoque económico ya es ínsito a las normas privadas supranacionales, o al menos a una mayoría de ellas, de manera que el componente económico constituiría el principio universalizable de todas ellas. Se trata, por un lado, de no desvirtuarlo con interpretaciones antieconómicas, pero por otro, de someter a la propia norma internacional a los principios del ordenamiento jurídico al que se pretende incorporar. Este es sin duda un equilibrio difícil, que sólo podrá verificarse en el caso concreto.

2. El Análisis Económico del Derecho Público

El segundo interrogante que nos planteábamos -y que hemos dejado abierto- es la diferente relevancia, real o supuesta, que puede tener el análisis económico del Derecho en el Derecho

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ ORTIZ DE URBINA (2004:35) ha puesto de relieve como, con el análisis económico del Derecho éste pasa de ser instrumento de análisis a objeto analizado; analizado por la economía, que es precisamente la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre los fines y los medios escasos susceptibles de usos alternativos (cfr. ROBBINS, L. (1935): *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2ª ed. Londres: Macmillan and Co., cita del autor).

público y en el Derecho privado. Ciertamente es que el Derecho privado no es objeto de nuestro estudio, ni nos corresponde pronunciarnos aquí sobre cómo deben interpretarse las normas en esa sede. Sin embargo, sí que nos corresponde significar el contraste entre los efectos del análisis económico del Derecho en lo público y en lo privado, y a partir de ahí decidir cuál de los dos niveles de interpretación nos corresponde aplicar.

Ya se ha dicho que para los defensores de la teoría económica del libre mercado, el análisis económico del Derecho es la piedra de toque mediante la que debe ser conocido todo el ordenamiento jurídico, o al menos todo el Derecho privado. Para los autores partidarios de este punto de vista, el Derecho privado occidental moderno es la institucionalización de la economía de mercado⁵⁹⁵. Afirmar que los ordenamientos occidentales son «de Derecho privado» permitiría justificar que todo el Derecho sea interpretado mediante el análisis económico del Derecho, por más que en su naturaleza éste fuera Derecho público. Comprensiblemente, nosotros no interpretamos la realidad jurídica de nuestro ordenamiento de esta forma. Ya es cuestionable que el análisis económico del Derecho pueda aplicarse a todo el Derecho privado, pero mucho más lo es que el ordenamiento en su conjunto pueda calificarse como de «Derecho privado» a efectos de interpretarlo económicamente. El Derecho público se rige por sus propios principios, y requerirá su propia metodología interpretativa.

Como puede comprobarse, en el presente trabajo mantenemos una perspectiva más matizada, y propugnamos el análisis económico del Derecho como un método aplicable a las normas en las que sabemos que subyace un perfil económico liberal, como son las normas privadas supranacionales. Estas normas no pueden clasificarse con facilidad dentro de las

⁵⁹⁵ Así ALFARO (2007:4). Este autor traza también una dicotomía entre las sociedades jurídicas occidentales, que serían «sociedades de Derecho privado» y las sociedades socialistas, que serían «sociedades de Derecho público». Lo cierto es que esta separación tajante resulta difícil de afirmar en el Derecho contemporáneo (y sólo dudosamente en otros, como el periodo de entreguerras del siglo XX) pero se fundamenta en un sustrato indudable: la necesaria separación entre Estado y Sociedad, que puede diluirse (es un hecho que se ha diluido en el Derecho moderno) pero no puede abolirse. Ciertamente que esta distinción para las ideologías de corte marxista nunca existió, precisamente porque para esta ideología la organización del Estado no es más que la organización del poder hegemónico en la Sociedad. Ahora bien, siendo el poder social y el poder estatal órdenes claramente diferenciados (por más que estén interconectados, que obviamente lo están) es no es admisible afirmar que el Estado se identifica con el poder social. Este debate, que está latente en todo el presente trabajo, tiene especial relevancia para nosotros, porque naturalmente las normas privadas supranacionales son una manifestación de un poder social no estatalizado. El esfuerzo que debe hacer el Estado contemporáneo no es intentar asfixiar el poder del ciudadano corporativo (lo cual es imposible) sino someterlo a control: esto lo hemos dicho ya. Pero es indudable -y el autor tiene toda la razón en este punto- que el análisis económico no sólo no es incompatible con el Derecho, sino que en realidad es la metodología de análisis pertinente en las normas que son genuinamente económicas. Sin pretender demostrar que todas las normas de Derecho privado lo son, desde luego puede afirmarse que las normas privadas supranacionales tienen un componente de mercado al que hay que atender.

categorías tradicionales de Derecho público y Derecho privado. Se trata de normas emanadas de entidades privadas (el ciudadano corporativo), pero que están ejercitando una función de relevancia jurídico-pública, la normativa, y regulan ámbitos de Derecho público (sectores regulados que en los ordenamientos continentales son estudiados por la parte especial del Derecho administrativo).

Sin embargo, también sería un error concluir que por tratarse de normas con un ámbito de aplicación de Derecho público hay que excluir el análisis económico absolutamente. En primer lugar, el análisis económico también se puede aplicar al Derecho público⁵⁹⁶. Desde luego, el análisis económico del Derecho siempre es posible en un sentido normativo, es decir, siempre es una buen guía para indicar al legislador cómo debe adoptar sus decisiones normativas. Pero este es un punto que queda fuera del alcance del presente trabajo, en la medida en que es el ciudadano corporativo el que dicta las normas privadas supranacionales. Las normas que estudiamos aquí ya nos vienen dadas, así como su carácter económico. El tipo de análisis que debemos hacer en este trabajo es un análisis positivo, y en concreto, estudiar qué efecto económico de hecho tendría la aplicación de cada norma, para luego decidir cuál de los dos efectos es preferible, y por tanto cuál de las dos normas aplicamos.

Por tanto, la propuesta del presente trabajo es que, una vez enfrentadas en conflicto dos reglas, una supranacional privada y otra interna, debe prevalecer la económicamente más eficiente. Esta solución responde al principio económico que rige la materia regulada por el Derecho público económico, que es el que debe maximizarse. La elección, por tanto tiene dos fases, una entre principios, que por lo general decidirá maximizar el principio económico que subyace a la regla, frente a otros que puedan formar parte del fundamento de las normas en cuestión (por supuesto, podemos elegir maximizar cualquier otro principio, como la búsqueda de un uso alternativo, el carácter social o el *pro competitione*). La segunda elección se produce estrictamente entre reglas, y elegiremos de entre ellas la que maximice el principio que hemos seleccionado en primer lugar. Estas reglas son válidas, por supuesto, mientras el objeto de las

⁵⁹⁶ Vid. ROEMER, A. (1994): *Introducción al análisis económico del Derecho*, México: Itam, p. 103; DOMÉNECH (2014:130). Éste último autor critica la tesis de ARIÑO (2004:30) (que aquí compartimos) de que hay ámbitos del Derecho -especialmente del público- que deben quedar fuera del objetivo del análisis económico por propia naturaleza, como los derechos fundamentales o sociales, mientras que en otros su aplicación parece consecuencia comprensible -el Derecho administrativo económico y, con su mismo ámbito material, las normas privadas supranacionales-. La crítica se basa en que la reducción de la economía a ciertos ámbitos de la vida social, como por ejemplo los negocios, es una concepción superada en las ciencias económicas, que ahora saben aplicarse su análisis a todas las materias. Esto es cierto, sin duda. Otra cosa será que el resultado de ese análisis económico sea aceptable para los otros valores en liza, y en Derecho, singularmente, la justicia. Creemos que lo «justo» jurídicamente hablando será que las normas económicas se interpreten económicamente, pero no otras.

normas de conflicto sea de contenido económico, pero por la naturaleza de las normas privadas supranacionales esto será lo más habitual, tal y como ya hemos expuesto. De ahí que también otras opciones que podrían barajarse igualmente. Aunque la mayoría de las normas privadas supranacionales tengan un sentido económico (incluso muchas que disponen medidas sociales) puede existir algunas cuyo fin principal no sea económico⁵⁹⁷. Es el caso de aquellas emanadas de organizaciones no gubernamentales y de cooperación, que pueden articularse también mediante conjuntos normativos más o menos coherentes pero siempre estrictamente supranacionales e independientes de cualquier normativa estatal.

Por otra parte, en otro tipo de organizaciones pueden regir otros principios diferentes tanto al económico como al de maximización de los derechos promocionales. Por ejemplo, en las organizaciones deportivas el principio económico convive con el principio *pro competitione* en las normas privadas supranacionales del Derecho deportivo. Habrá que identificar primero qué principio prevalece en cada norma. De esta manera, será fundamental el análisis económico si la regla versa sobre el endeudamiento de las sociedades deportivas, mientras que habrá que potenciar el principio *pro competitione* si la norma en cuestión es una regla de juego que tiene el objetivo de mejorar la competición en algún sentido: potenciar el juego limpio, evitar interrupciones en el juego o simplemente mejorar el espectáculo, por ejemplo. En estos casos, que no tienen clara traducción económica, llegados al conflicto de reglas, éste se resolverá en favor de la regla que optimice el principio *pro competitione*, es decir, la regla que más favorezca el buen funcionamiento de la competición.

3. Ejemplo. Basilea III

Pues bien, la construcción jurídica anterior debe servir para ser aplicada a la norma vigente más importante emanada del Comité de Basilea, el Acuerdo Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios, conocido comúnmente como Basilea III. El Acuerdo se completa con otros dos instrumentos: el Coeficiente de cobertura de liquidez y

⁵⁹⁷ Por ejemplo, el conjunto de normas ISO 45001, sobre salud y seguridad en el entorno laboral, en materia de prevención de riesgos laborales, ¿debe interpretarse conforme a un principio económico o no? Es sin duda cuestionable. Y si no se interpreta conforme a un principio de eficiencia económica, ¿conforme a cuál? Seguramente la respuesta está en la maximización de los derechos fundamentales (¿derechos fundamentales globales tal vez?) que estas normas aspira a proteger. Ahora bien, tampoco se puede descartar que esta norma, como muchas otras, no tenga también un cierto sentido económico: sin duda lo tiene. Estas preguntas se multiplicarán a medida que las normas privadas supranacionales vayan ganando terreno, lo cual ya está sucediendo a gran velocidad.

herramientas de seguimiento del riesgo de liquidez de 2013 y el Coeficiente de Financiación Estable Neta, ambas normas privadas supranacionales en sí mismas.

BARR y MILLER, a los que hemos citado más arriba, ya demostraron respecto de Basilea II que tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea la norma se había integrado mediante normas internas, pero siempre con matices que a veces hasta desvirtuaban su contenido material, más en el Derecho norteamericano que en el europeo⁵⁹⁸. Lo mismo es cierto para Basilea III. El hecho de que la norma se dirija a las autoridades de supervisión, y que haya sido integrada por el poder legislativo interno mediante normas típicas del sistema, no significa que no pueda tener eficacia directa para los particulares, ni tampoco que carezca de toda eficacia en el Derecho interno una vez integrada. Ambas cosas son posibles, y deseables. Mediante la recepción de la norma Basilea III, el sujeto obligado puede asumir la regulación de Basilea como propia, para que le sea aplicada tanto por la Administración como por los órganos judiciales del Estado. El órgano judicial, enfrentado a una situación en la que la parte alega que le sea aplicado el Acuerdo, o en el que la parte contraria solicita que se someta a su contraparte a éste, siempre que demuestre la recepción, debe entonces seguir el procedimiento que hemos descrito más arriba para integrar la norma en el sistema.

En lo que respecta a este segundo problema, tampoco es mucho lo que hay que objetar en el caso de Basilea III. Como ya sabemos, su aprobación -al igual que la de sus predecesoras- venía determinada por múltiples reglas que incorporan ya estos principios, incluidos informes y participación de las entidades privadas interesadas, que permiten asemejar estos procedimientos a los de información pública. Esto no significa que tales informes u opiniones de parte -de las que dimos cuenta más arriba- sean exactamente idénticos al cumplimiento de procedimientos administrativos estatales concretos, sino que cumplen la misma función, y por tanto consideramos que los principios administrativos pueden darse por satisfechos.

Por otro lado, la norma privada supranacional integrada mediante normas válidas en Derecho interno puede también tener ciertos efectos respecto de éstas. En este sentido, sostenemos en el presente trabajo que esos efectos reconocidos pueden ser los interpretativos y la subsidiariedad para colmar lagunas jurídicas, pero siempre que la norma haya sido recibida por el sujeto obligado. Aquí hay que distinguir claramente dos situaciones: la interpretación de la norma supranacional recibida directamente y la interpretación de la

⁵⁹⁸ BARR y MILLER (2006:28 y ss.).

norma interna que recibe la supranacional (es decir, en el caso de que la recepción se haya producido por medio de la potestad legislativa o reglamentaria y no por un control judicial). La norma supranacional recibida directamente por el sujeto obligado debe interpretarse, creemos, primero a través de los principios del ordenamiento jurídico de recepción, y sólo dentro del respeto a éstos, se puede acudir a otros mecanismos que no confronten la norma con el ordenamiento jurídico estatal, sino con otras normas supranacionales. Por ejemplo, una interpretación sistemática de una norma de Basilea III dentro del conjunto normativo en que se integra.

En el segundo caso, si la norma ha sido integrada en el ordenamiento jurídico mediante una norma interna, el margen de interpretación es aún más estrecho: se trata ya de una norma interna que debe interpretarse con los parámetros de interpretación vigentes en aquél ordenamiento. Pero no puede descartarse que, dentro del respeto a estos mecanismos interpretativos (pongamos por caso, el artículo 3.1 del Código Civil español) pueda emplearse el encaje sistemático de la misma norma supranacional como un criterio de interpretación añadido de la norma interna que la integra. Una vez que el Estado ha recibido la norma privada supranacional, ésta despliega sus efectos para todos sus operadores de forma indirecta, es decir, mediante la norma interna que la integra, de manera que aquellos operadores que hayan recibido la norma supranacional de forma directa se encuentran en realidad obligados por dos normas distintas, la supranacional y la interna.

La razón de ser que subyace a esta propuesta es tanto jurídica como de oportunidad política. Las normas privadas supranacionales tienden a homogeneizar los Derechos estatales. Una vez más, Basilea III es el representante por antonomasia de este propósito⁵⁹⁹. Sin embargo, los Estados han podido controlar en qué medida consideraban que debían aplicarse los estándares y cómo transponían la norma, cómo variaban las expresiones y conceptos en ella incluidos y qué contenidos eludían.

El resultado han sido habitualmente normas diferentes a las pactadas, desvirtuándolas incluso, y por supuesto dando al traste a menudo con la finalidad homogeneizadora. La interpretación conforme de las normas internas con Basilea III (o la norma privada

⁵⁹⁹ En este sentido, vid. OHLER, C. (2007: 265 y ss.), en lo que respecta al Comité de Basilea, donde subraya la participación de la economía bancaria en el procedimiento de «fijación de estándares» (es decir, de elaboración de normas privadas supranacionales).

supranacional que corresponda en cada caso) evitaría dicho efecto perverso, pero no puede llevarse a cabo en detrimento de las reglas internas de interpretación de las normas jurídicas.

De esta manera, hemos formado ya una visión jurídica de Basilea III. Materialmente, la norma ha sido sobradamente estudiada por expertos en economía y finanzas, materias que se nos quedan en lontananza⁶⁰⁰.

En lo que respecta al Derecho Europeo, Basilea III ha sido incorporada mediante dos normas: Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión y la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión⁶⁰¹.

A su vez, la supervisión bancaria impuesta por Basilea III ha sido el origen del fundamental Mecanismo Único de Supervisión Bancaria (MUS), que componen el BCE y las autoridades nacionales de supervisión. Esta institución, crucial para la unión bancaria, pero también para la unión monetaria, y que ha adquirido un muy notable protagonismo en tiempos de crisis, se regula en el Reglamento (UE) núm. 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. El sistema se ha reforzado posteriormente con el llamado Mecanismo Único de Resolución (MUR), al que hay que sumar el relevante Sistema de Garantía de Depósitos, en el que la Unión aún no ha alcanzado una armonización legislativa.

Estas normas se han incorporado al Derecho español, cuando no eran ellas mismas de incorporación directa (en el caso del Reglamento), lo que significa que Basilea III se puede considerar incorporado tanto al ordenamiento jurídico europeo como al estatal. En el caso del Derecho español, incorporan Basilea III la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSSEC), modificada por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial y por la Ley 11/2015, de 18 de junio,

⁶⁰⁰ En general, vid. especialmente CARRASCOSA MORALES, A. (2010): «El impacto de Basilea III sobre las Entidades de Crédito», *Notario*, noviembre, p. 84-87.

⁶⁰¹ Sobre esto, vid. CAMILLI, E.L. (2011): «Basel-Brussels One Way? The EU in the Legalization Process of Basel Soft Law», en CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (2011): *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Heidelberg: Springer, pp. 323-358.

de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; y la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013. Como detalle, cabe apreciar que la circular, siguiendo al artículo 2 de la Ley 10/2014, incluye una relación de normas que aplica o desarrolla, incluyendo todas las normas europeas y nacionales y omitiendo sutilmente el Acuerdo de Basilea III, por no ser una norma formalmente emitida⁶⁰².

Es habitual en las normas modernas de todos los rangos comenzar con un amplio apartado de definiciones, lo que sirve no tanto para formar conceptos dogmáticos, pero sí para delimitar el significado de los que en ellas se manejan (a efectos de la misma norma, claro está). Un inconveniente de esta práctica (enormemente común entre las normas supranacionales, más incluso que en las nacionales, pues es práctica habitual entre las normas de contenido material técnico) pero que hacen inmanejable la norma si no se tiene un conocimiento previo de los propios conceptos, lo cual suele exigir a su vez un conocimiento técnico del sector regulado en cuestión⁶⁰³.

Así, por ejemplo, el párrafo 51 del Acuerdo de Basilea III establece que *«en este apartado, el término «banco» se entenderá como un banco, grupo bancario u otra entidad (por ejemplo, una sociedad de cartera) cuyo capital es objeto de medición»*. Por supuesto, hay que poner el precepto en el contexto de su propia limitación al propio apartado en el que se inserta. Pero con todo, el acuerdo ya define aquí el concepto de banco a los efectos de calcular los requisitos mínimos de capital y los famosos «colchones», por lo que su ámbito de aplicación va a ser más amplio de lo que intuíamos al inicio.

⁶⁰² Sobre todo lo anterior, vid. TAPIA HERMIDA, A. J. (2016): «Noticias. 1. Circular 2/2016 del Banco de España (adaptación de la regulación bancaria a la UE)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 142.

⁶⁰³ Esta problemática de la naturaleza altamente técnica de estas normas, que es perfectamente reconocida en la doctrina y que ha sido ya resaltada en el presente trabajo, está perfectamente descrita en MIR PUIGPELAT (2004) o ESTEVE PARDO, J. (2015c), entre otros trabajos. Por otra parte, la elaboración de normas privadas supranacionales con largas listas de definiciones (técnica igualmente habitual en los ordenamientos estatales, sobre todo en normas reglamentarias nacionales y en el Derecho europeo) es, no sólo un artificio técnico sectorial, sino que jurídicamente constituye un intento de depurar conceptualmente las normas en aras de su autonomía interpretativa, y por tanto funciona como mecanismo de reducción de la discrecionalidad judicial. Sobre la *autonomía semántica* de las normas jurídicas y su función metodológica vid. RUIZ MANERO, J. (2009): «Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta», en LAPORTA, F.J., RUIZ MANERO, J. y RODILLA, M.A., *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 95-120, p. 102.

El concepto que traza, además, es amplio. En realidad, se entenderá a efectos del precepto como «Banco» cualquier grupo o entidad cuyo capital es objeto de medición. Para aplicar esta norma, no hay que perder de vista una de las ventajas esenciales de las que venimos hablando en las normas privadas supranacionales: si bien puede parecer que el impulso de los sujetos privados obligados será alejarse de la regulación, es todo lo contrario. Cuando la regulación proviene de un ciudadano corporativo, sabemos que es el propio sujeto el que suele preferir esta regulación a la estatal, porque tienden a ser normas flexibles, que además legitiman al sujeto que se las aplica a sí mismo⁶⁰⁴.

Sin embargo, en las normas de integración de Basilea III en el Derecho Europeo y español tal posibilidad no se contempla. El Reglamento 575/2013 define en su artículo 4 la entidad de crédito afirmando que

«1. A efectos del presente Reglamento se entenderá por:

1) «Entidad de crédito»: una empresa cuya actividad consista en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia».

Además, distingue el concepto de Entidad de crédito del de Empresa de inversión:

« «Empresa de inversión»: una persona tal como se define en el artículo 4, apartado 1, punto 1, de la Directiva 2004/39/CE que está sujeta a lo dispuesto en dicha Directiva».

El mismo Reglamento establece excepciones a esta definición, que no se considerarán incluidas en el concepto de empresa de inversión a efectos de su aplicación:

«a) las entidades de crédito;

b) las empresas locales;

c) las empresas no autorizadas a prestar el servicio auxiliar referido en el punto 1, de la parte B del anexo I de la Directiva 2004/39/CE, que presten únicamente uno o varios de los servicios y actividades de inversión enumerados en los puntos 1, 2, 4 y 5 de la parte A del anexo I de la citada Directiva, y a las que no se permite tener en depósito dinero o valores de sus clientes y que, por esta razón, nunca puedan hallarse en situación deudora respecto de dichos clientes».

⁶⁰⁴ Recuérdese que, como bien explicó LAPORTA (2005), la adopción de una norma privada supranacional funciona a menudo económicamente como un «bien de club» que otorga beneficios a los participantes, y de ahí el interés en que estas normas le sean aplicadas al sujeto privado.

La Directiva 2004/39/CE está hoy derogada por la posterior Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, que entró en pleno vigor el 3 de enero de 2017. El actual artículo 4 de esta última Directiva establece que:

«Artículo 4

Definiciones

1. A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «empresa de servicios de inversión»: toda persona jurídica cuya profesión o actividad habituales consisten en prestar uno o más servicios de inversión o en realizar una o más actividades de inversión con carácter profesional a terceros.

Los Estados miembros podrán incluir en la definición de empresa de servicios de inversión a empresas que no sean personas jurídicas».

Finalmente, en el Derecho español la Ley 10/2014 ha definido las Entidades de crédito en los siguientes términos:

«Artículo 1. Entidades de crédito.

1. Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.

2. Tienen la consideración de entidades de crédito:

a) Los bancos.

b) Las cajas de ahorros.

c) Las cooperativas de crédito.

d) El Instituto de Crédito Oficial».

Por su parte, la Directiva 2013/36/CE se aplica *a priori* tanto a unas como a otras, pero excluye a las Entidades de Inversión de su ámbito de aplicación en algunos supuestos⁶⁰⁵.

Pues bien, nuestra propuesta es resolver un supuesto en el que una entidad financiera, que pueda entenderse como tal bajo la aplicación del párrafo 51 de Basilea III, sea sin embargo excluida de la aplicación del Reglamento europeo. Por supuesto, la misma operación podría hacerse con la Ley española, y también con el Reglamento o la Circular; en cualquiera de los casos, la oposición se produce entre norma interna democráticamente legitimada (aunque su legitimidad sea indirecta) y una norma privada supranacional. Este conflicto normativo puede parecer un caso particular, concreto y de laboratorio. Sin embargo, nos abre múltiples puertas en una de las normas privadas supranacionales más importantes de la actualidad. Basilea III nos va a plantear en este ejemplo un doble reto: el primero, el propio de cualquier norma supranacional, su aplicación en el territorio del Estado. Esto tiene gran importancia, sobre todo, en Estados cuyos bancos centrales no forman parte del Comité de Basilea, y en los que no se ha integrado la norma en el sistema jurídico mediante una norma interna, pero en los que sus entidades financieras sí que aplican la norma privada supranacional, para generar confianza entre sus clientes e inversores⁶⁰⁶. El segundo de estos retos es explicar cómo puede una norma privada supranacional desplazar a una norma interna que, en teoría, ya integra a la propia norma privada supranacional. La respuesta es que no necesariamente tiene que desplazarla, sino que es perfectamente asumible que se otorgue a la norma supranacional efectos interpretativos en caso de discrepancia, acudiendo también, como hemos propuesto, al análisis económico del Derecho, que ayudaría a clarificar la interpretación más eficiente económicamente de la norma interna, aunque como siempre sabemos que éste no será el único criterio.

⁶⁰⁵ En concreto, en los de acceso a la actividad, en los que se remite a la Directiva anterior:

«5. La presente Directiva no se aplicará: 1) al acceso a la actividad de las empresas de inversión en la medida en que esté regulado por la Directiva 2004/39/CE».

⁶⁰⁶ Sobre la implementación de las normas del Comité de Basilea (tanto Basilea II como, actualmente, Basilea III) por Estados no-miembros del Comité vid. el siguiente Informe del propio BIS: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d345.pdf>, sobre todo p. 9. La recepción se produce habitualmente por la legislación de los Estados no-miembros (al igual que en los Estados miembros), pero puede producirse igualmente por los sujetos privados directamente si estos acceden a cumplir con las normas del Comité en ausencia o retraso de su legislación estatal. Este es el supuesto que proponemos aquí.

VII. Conclusiones de la Parte § IV

I. El conflicto normativo de la norma supranacional ya integrada en el sistema estatal será resuelto mediante la aplicación de un principio de especialidad. Para ello examinamos la naturaleza de los principios conflictuales de jerarquía, primacía, competencia, tiempo y especialidad, para centrarnos en éste último. En lo que respecta al destino de la norma inaplicada. Comprensiblemente, es impensable la derogación, pues ambas normas pertenecen a sistemas normativos diferentes y perfectamente diferenciados. La respuesta es sencillamente la inaplicación de la norma descartada en la ponderación por parte del órgano judicial. Esta solución, que tomamos obviamente del Derecho Europeo, no puede tener sin embargo los amplios límites que tiene en aquél, como ya hemos señalado.

II. La resolución del conflicto con las normas internas: El análisis económico del Derecho. Nuestra propuesta para resolver el conflicto normativo entre una norma privada supranacional y una norma interna, la llamada aplicabilidad funcional ya expuesta, es elegir la norma que, a juicio del órgano judicial, enfoque mejor la regulación de la materia que regula. Este criterio, por lo general, resultará previsiblemente favorable a la norma privada supranacional, que desplazará a la norma interna en su aplicación. Y dado que la mayoría de estas normas privadas supranacionales tienen una finalidad económica, parece claro que el método más apropiado para resolver el conflicto de normas será el análisis económico del Derecho. Para justificar esta posición, recurrimos a un examen de esta doctrina que aclare en qué medida es posible su aplicación a la resolución del conflicto con una norma interna, pero no con un principio constitucional -y de ahí su exclusión del procedimiento de legitimación-.

CONCLUSIONES FINALES

En el presente trabajo hemos intentado delimitar los problemas que surgen del estudio del Derecho Global y las normas privadas supranacionales. Tal y como nosotros lo hemos entendido, el trabajo ha aspirado a, en primer lugar, formar tres conceptos en torno a los cuales ha pivotado el conjunto del estudio: el concepto de Derecho Global y el concepto de ciudadano corporativo, que sería el sujeto privado que ejerce *de facto* las funciones de relevancia jurídico-pública. Pero el verdadero objeto de estudio del presente trabajo ha sido el concepto y tipos de norma privada supranacional, o sencillamente, norma supranacional, una ambigüedad terminológica con la que hemos jugado de forma indiscriminada, precisamente porque la naturaleza supranacional «privada» de estas normas es en realidad una característica esencial e ínsita en su naturaleza «híbrida».

En segundo lugar, hemos desarrollado un análisis de la aplicabilidad de estas normas. Tal análisis distingue tres fases. En primer lugar, el reconocimiento de la norma por el sujeto al que va a ser aplicada, a lo que denominamos identidad entre voluntad y sujeción, o «aplicabilidad subjetiva». Es decir, el mecanismo por el que se imputan al sujeto los efectos de la norma. En segundo lugar, la integración de la norma en el sistema jurídico del Estado, punto decisivo en el despliegue de sus efectos en el espacio físico (territorio) -al que denominamos «aplicabilidad objetiva»-. Y en tercer lugar, la resolución del conflicto normativo entre las normas privadas supranacionales y la norma interna ya existente en el ordenamiento jurídico del Estado de recepción, o bien la ocupación de una laguna en el ordenamiento jurídico interno -una tercera fase a la que denominamos «aplicabilidad funcional».

Por tanto, el presente trabajo ha cubierto un análisis de la naturaleza de las normas privadas supranacionales, comenzando por una definición conceptual del propio Derecho Administrativo Global. Este análisis previo de esta nueva rama del Derecho ofrece el sopote metodológico para entender este tipo de normas jurídicas, en tanto que hemos abordado también el problema del conflicto entre tales normas y el Derecho interno, en aquellos casos en que tal conflicto exista. De esta forma, el trabajo se enfrenta tanto al nivel más abstracto (la teoría del método jurídico) como al más específico (el conflicto entre normas de Derecho aplicables, las supranacionales y las nacionales).

Sin embargo, para verificar la existencia de este problema, debe venir precedido de otros, que también han intentado ser resueltos: la naturaleza de los sujetos que crean las normas, cómo devienen obligatorias y vinculantes las normas privadas supranacionales para el sujeto particular y cómo se introducen en el sistema interno de fuentes del Derecho. No obstante, cuando finalmente llegamos al nivel del conflicto normativo, la solución propuesta para la resolución del conflicto, una vez admitida la incorporación o no de la norma supranacional, será la de una metodología que vendrá al menos en parte determinada por la naturaleza de la materia regulada en el fondo de la norma, lo que nos llevará, con carácter general, al análisis económico del Derecho.

Siguiendo este esquema, el primer concepto que hemos formado es el de Derecho Global, como paso previo al análisis de la integración de las normas privadas supranacionales en el Derecho interno, y la resolución del conflicto con las normas internas. En virtud de nuestro análisis, denominamos Derecho Global a un conjunto de normas aporísticas y no-sistemáticas que comparten cuatro características fundamentales: supranacionalidad, tópica, hibridación y carácter recepticio. Básicamente, *supranacionalidad* implica la creación y existencia de la norma en un espacio fuera de una vinculación territorial directa con un Estado; *tópica* significa la correspondencia entre la norma privada supranacional y un problema específico para cuya resolución ha sido diseñado, al margen de todo encaje sistemático *a priori*; *hibridación* se refiere a la mezcla de elementos que, en el Derecho interno, se caracterizarían como de Derecho público y de Derecho privado; *carácter recepticio* se traduce en la recepción de la norma privada supranacional por el sujeto al que va a ser aplicada como paso previo para el despliegue de sus efectos

El segundo concepto que hemos formado es el de ciudadano corporativo. Por tal entendemos en el presente trabajo las entidades que practican funciones *de facto* de relevancia jurídico-pública. Excluidos los Estados, por razones obvias -su personalidad jurídica es propia y autónoma y desde luego diferente en naturaleza y poderes atribuidos a la de las organizaciones internacionales, y más aún de las privadas- reconocemos tres tipos de entidades de normación *de facto*. Primero de todo, las organizaciones internacionales (como la OMC, que es el ejemplo por excelencia, pero también otras como la ISO o la FAO) que tienen una naturaleza legal-pública en Derecho Internacional, o al menos cierto amparo a través de Tratados que por lo general las constituyen, o al menos las reconocen o imputan determinadas funciones. En segundo lugar, entidades privadas que son estrictamente

creadoras de normas, no constituidas mediante tratados internacionales sino por meros acuerdos entre los participantes en el mercado, si es que tales acuerdos existen por escrito. En estos pueden tomar parte tanto Estados como organizaciones internacionales y sujetos privados. De entre éstos, pueden distinguirse dos categorías (y de ahí los tres de los que hablábamos antes). Por un lado, están aquellos formalmente constituidos, y aquellos que sólo existen *de facto*. De entre los primeros, la organización más importante es seguramente ISO, la organización privada de estandarización internacional. De entre las entidades *de facto*, el ejemplo más célebre es el Comité de Basilea, al que hemos dedicado un estudio significativamente profundo a lo largo del trabajo. Estas entidades privadas (en el sentido de no-estatales) pueden ser constituidas en cualquier forma jurídica (incluyendo cualquiera del Derecho privado, siempre del foro en el que se constituyan) y pueden tener cualquier posición geográfica (si bien muchas de ellas se sitúan en estados desarrollados, y en particular en Estados favorables al desarrollo de los negocios particulares, como Suiza).

Como paso previo antes de continuar con el concepto de norma privada supranacional, hemos distinguido tres tipos de normas internacionales. En primer lugar, tendríamos las normas de eficacia transnacional. Estas incluirían las normas de Derecho interno, pero que tienen la característica de que tener cierta eficacia internacional, o para ser más precisos, transnacional, porque sus efectos no suceden en el ámbito del Derecho Internacional Público, sino en el territorio de otro Estado. Estas normas muestran un fenómeno fundamental de la internacionalización del Derecho Público, y son al mismo tiempo uno de los objetos de estudio fundamentales de lo que la doctrina -aunque no nosotros- denomina Derecho Global, es decir, la eficacia del Derecho estatal, tradicionalmente limitado al territorio, en un espacio territorial estatal extranjero y sujeto a su propia soberanía estatal y su propio sistema jurídico. Este es el caso, por ejemplo, en el contexto de la Unión Europea, cuando entran en juego los mecanismos de reconocimiento mutuo, o incluso en el caso de ciertas normas en las que no existe un consentimiento estatal previo, sino que son impuestas por determinados Estados y tienen de por sí un efecto ultraterritorial, aplicándose a las relaciones jurídicas extranjeras en la medida en que intervienen mínimamente un elemento nacional, incluso aunque sea tangencial. Este es el caso de una parte importante de la legislación financiera norteamericana.

Un segundo tipo de normas internacionales son aquellas emanadas de organizaciones internacionales. Estas se caracterizan por ser emanadas de organizaciones constituidas por

Estados y a menudo con status jurídico-público en Derecho Internacional, pero que no necesariamente ostentan poder para crear normas (o «estándares», como impropriadamente se les denomina en ocasiones). Y mucho menos pueden equiparar éstos a normas con rango de Ley o tratados internacionales cuando los crean, pero ejercen un poder normativo *de facto* exactamente igual que las entidades privadas. Finalmente, algunas de estas reglas son resoluciones en sentido propio de órganos de las propias organizaciones internacionales, por ejemplo, órganos de apelación, como es el caso de el famoso Comité de Apelaciones de la OMC, pero no se identifican como resoluciones judicial (cosa que no son) ni como actos administrativos, sino como normas.

Finalmente, tendríamos las normas privadas supranacionales en sentido propio. Estas serían normas emanadas de entidades privadas supranacionales, que abordan áreas regulatorias propias del Derecho Público, y que tienen una eficacia potencialmente mundial, pero que requieren el reconocimiento del Derecho estatal en orden a ser aplicadas territorialmente. Estas entidades privadas supranacionales han sido incluidas en el presente trabajo en el concepto de ciudadano corporativo, igual que las propias organizaciones internacionales, porque su posición como creadores *de facto* de normas jurídicas, a nuestro modo de ver, las iguala. Pues bien, ambos tipos de normas deben ser considerados «hermanos gemelos»: su eficacia será la misma que aquella de las normas emanadas de entidades privadas, y la naturaleza del sujeto que ejercita tal función también será equivalente, porque ambas ejercen funciones de relevancia jurídico-pública sin ninguna legitimación democrática estatal. En breve, la naturaleza de la organización, pública, privada o *de facto*, no condiciona la naturaleza del ejercicio del poder normativo, que es siempre privado en el sentido de que no ostenta legitimación estatal. Por tanto, las normas emanadas de este ejercicio de poder privado, provengan de organizaciones internacionales formalmente constituidas entre Estados o de entidades privadas, o de encuentros informales, son siempre privadas e internacionales. La distinción entre normas de organizaciones internacionales y privadas queda, por tanto, abolida, porque el elemento determinante en ese carácter privado no es la naturaleza del sujeto del que emanan sino la naturaleza de la función ejercitada, en la medida en que si no emanan de un Estado democrático legítimo, deben ser consideradas privadas.

A consecuencia de esto, el problema se centra en integrar en el ordenamiento jurídico del Estado las normas internacionales (o, mejor, supranacionales) que ostentan una naturaleza tópica y que tienen especial sensibilidad para favorecer los intereses particulares de aquellos a

los que van a ser aplicadas (los sujetos y negocios privados), pero que son incoherentes entre sí, de manera que no pueden constituir un sistema jurídico en absoluto. Este es otro punto importante que ha quedado fijado en el presente trabajo: esta integración de normas asistemáticas supranacionales debe llevarse a cabo en un sistema jurídico estatal ya organizado y con eficacia territorial. Pero precisamente debido a la naturaleza aporística de estas normas, las normas supranacionales están destinadas a ser incoherentes con el sistema jurídico de cualquier Estado, al menos *a priori*. Precisamente el procedimiento de legitimación de la norma propuesto que hemos estudiado en la Parte § III, sirve a este propósito: la norma supranacional es «purgada» hasta que se verifica si es aplicable o no dentro del ordenamiento jurídico del Estado: pero si va a ser considerada aplicable, esto sucederá sólo admitiendo su integración, y esto implica asegurar que la norma supranacional es coherente con el resto del sistema constitucional en el que va a ser integrado.

La justificación para una legitimación *ad casum* de las normas privadas supranacionales se encuentra en la teoría del reconocimiento. La teoría del reconocimiento fue desautorizada por el monopolio del poder legislativo estatal, pero excede el ámbito teórico de tal monopolio. Así, en un contexto de normas supranacionales privadas, que obligan a sus receptores sólo por su propia decisión o reconocimiento tácito, la teoría vuelve a la vida. Esta idea de que las normas formales tienen que ser «recibidas» por la costumbre fue ya negado en una primera ola de centralización del poder político durante el fortalecimiento de las monarquías en el siglo XVI, cuyos protagonistas académicos hay que encontrarlos desde luego en la Escuela de Salamanca, destacando entre ellos Francisco SUÁREZ. Estos autores entendieron, por lo general, que admitir que las normas jurídicas requieren la aceptación de sus destinatarios implica negar el poder del Príncipe para dictar tales normas. La aceptación, se afirmaba, no sería condición de la obligatoriedad de la Ley (eficacia) sino al contrario, sería su consecuencia: el Derecho exige su observancia y por lo tanto su aceptación. La aceptación de la Ley no es una opción para el receptor, sino una consecuencia del poder legislativo perfecto del Príncipe. Aquí tenemos ya el Estado moderno.

He aquí que la teoría del reconocimiento, inadecuada y hasta peligrosa para el legislador estatal (y con él, para la democracia misma) va a salir en nuestra ayuda ante el fenómeno de las normas supranacionales. Aquí el peligro estriba no en que la voluntad de los destinatarios perjudique el poder legislativo del Estado democrático, sino al contrario: el peligro reside precisamente en el hecho de que un Príncipe apócrifo, el ciudadano corporativo, pueda

imponer sus reglas on sujetos que, por contra, están sujetos a un Derecho territorial, sobre el que las normas supranacionales pueden llegar a prevalecer. Para que esto suceda, necesitamos primero el reconocimiento de la norma privada supranacional por parte del destinatario. En este sentido, los sujetos obligados por una norma privada supranacional deberían ser reconocidos como receptores de ésta para que pueda serles aplicada.

Finalmente, hemos concluido la equivalencia del fenómeno de las normas privadas supranacionales y el llamado *soft law*. De hecho, la gran mayoría de las normas privadas supranacionales responden al esquema de Derecho no vinculante *a priori*, con nombres de lo más diverso, como guías, recomendaciones, u otras. Este fenómeno sucede incluso en órdenes supranacionales que están, en teoría sometidas y construidas a partir de la teoría de fuentes estatal, como es el caso del Derecho Europeo. Sin embargo, el análisis fundado en el reconocimiento es aplicable a las normas supranacionales de *soft law*, en general, pero no necesariamente a las de Derecho Europeo, que tiene un sistema propio de fuentes del Derecho que es lo suficientemente fuerte como para responder autónomamente a la cuestión de dónde situar su propio *soft law* dentro de su sistema jurídico. Pero en términos generales, creemos que el *soft law* es en realidad Derecho válido que requiere ser recibido para ser eficaz, pero que una vez que la recepción ha sido formulada, es perfectamente aplicable, y a partir de ese momento puede derivarse responsabilidad para el ciudadano corporativo.

Se entiende así que, en el presente estudio, el elemento metodológico ha sido transversal. Sabemos que las normas privadas supranacionales son la manifestación normativa del Derecho Global. Como tales, comparten su naturaleza supraestatal, tópica, híbrida y recepticia. El elemento metodológico clave ha sido elaborar una dogmática de estas normas, abstrayendo sus características comunes. Para alcanzar este objetivo, hemos desarrollado un concepto de ciudadano corporativo, que será el creador de las normas privadas supranacionales, el sujeto privado ejerciendo la función normativa de forma espontánea, y que deberá ser el centro de imputación de la responsabilidad emanada de la aplicación de los estándares internacionales o normas supranacionales (terminología que, como ya hemos explicado, preferimos).

A continuación, hemos desarrollado una clasificación de tipos de normas supranacionales. En particular, las normas privadas supranacionales deberán ser distinguidas de las normas jurídico-públicas de eficacia supranacional, fundamentalmente, de las normas transnacionales. La distinción con respecto de las reglas emanadas de las organizaciones

internacionales es más sutil y parece que, en la medida en que una organización internacional ejerce un poder normativo que está muy dudosamente fundado en su tratado constitutivo, las reglas resultantes tienden a converger en su naturaleza con las normas privadas supranacionales, pudiendo identificarse ambas como idénticas.

Del mismo modo, hemos resuelto el problema de la incardinación de las normas privadas supranacionales en el Derecho del Estado, por medio de la teoría de la recepción objetiva. La norma supranacional debe ser recibida en primer lugar por el sujeto al que va a ser aplicable, y sólo tras ser invocada en un procedimiento judicial, y siempre mediante la correspondiente prueba en el proceso de tal recepción. Sólo cuando la norma supranacional ha sido sometida al control continuará el Juez con el proceso aplicativo analizando la conformidad de esta norma con el ordenamiento jurídico interno, y finalmente con la resolución del conflicto regulatorio que pueda suceder con la norma interna aplicable al mismo supuesto de hecho.

CONCLUDING REMARKS

In this work we have tried to delimit the problems that arise in the study of Global law and supranational private norms. As we have understood, the work aspires, in a first part, to form three concepts on which the study as a whole will pivot: the concept of Global Law and the concept of corporate citizen, who is the private subject who exercises de facto functions of normative public relevance. But the true object of study of the present work has been the concept and types of supranational private norm, or simply, supranational norm, a terminological ambiguity with which we have played indiscriminately, just because that «private» nature of supranational norms is actually an essential characteristic of its «hybrid» nature.

Secondly, we will develop an analysis of its applicability. In terms of application we will distinguish three phases. Firstly, the recognition of the norm by the subject to which it is to be applied, what we call the identity between will and subjection, or «subjective applicability»- that is to say, imputing the effects of the norm on the subject-. Secondly, the integration of the norm into the legal system of the state, which is decisive for the deployment of its effects on a physical space (territory) -to which we call «objective applicability»-. And thirdly, the resolution of the normative conflict between this supranational private norm and an internal norm already existing in the legal system of the State, or the occupation of the empty legal space in the event of a lagoon in the internal legal order -we call this third phase «functional applicability».

This work thus covers an analysis of the nature of supranational private norms, starting with a conceptual definition of Global Administrative Law itself. This previous analysis of this new branch of the Law offers the methodological background to understand its legal rules, while we have dealt as well with the conflict between these norms and the internal applicable Law, in those cases where a conflict between both exists. Therefore, the work ranges from the most abstract level (the theory of method in Law) to the most particular one (the conflict between applicable rules of Law, the supranational and the national ones).

However, for this problem to be verified, it must necessarily come preceded by others: what is the nature of the subjects who create the norms, how do they become compulsory and binding supranational private rules for the subjects and how they are introduced into the internal system of sources of Law. Nevertheless, when we finally arrive at the conflict of rules,

the solution proposed for the resolution of the conflict, once admitted the incorporation or not of the supranational private standard, will be the application of a methodology at least partly determined by the nature of regulated matter, which will lead us in most cases to the Economic Analysis of Law.

The first concept we wanted to construct is Global Law, as a step prior to the analysis of the integration of supranational private standards into domestic law, and the resolution of conflicts with internal rules. According to our approach, we call Global Law to the whole set of non-systematical and aporistic norms that share four essential traits: supranationality, topical, hybridization and receptive character. Roughly, *supranationality* means the creation and existence of the rule outside of any territorial link; *topical* means correspondence between the standard and the specific problems for which the resolution was designed, apart from any systematic organization; *Hybridization* implies the mixture of elements that, in domestic law, are characterized as public and private; *receptive character* is translated into the reception of the standard individually by the recipient as a prerequisite for its effectiveness.

The second concept formed is the corporate citizen. As such we understand in the present work the entities that practice *de facto* functions of legal-public relevance. Excluded states, for obvious reasons-their legal personality is own and different from supranational organizations-we have three types of entities that create norms *de facto*. First of all, international organizations (such as the WTO, which is the example par excellence, but also others such as the ISO or FAO), which have a legal-public nature in international law, for being constituted by international treaties and be their member States. Secondly, private entities which are purely creators of norms, those which are not constituted by international treaty but by mere agreements between the participants, if they are written, which have a private nature and in which they can take part both States or their specialized bodies in any matter as purely private entities, or only these. Of these, two categories can be distinguished (hence the three of which we spoke before), those that are formally constituted and those that are constituted merely *de facto*. The most relevant example of the first is probably the ISO (International Organization for Standardization), the private organization for standardizing international standards. Among the *de facto* entities, the most famous example is the Basel Committee, to which we have devoted a rather deep study through the whole work. These private (or non-state) entities can be constituted in any form (including any of private law, always of the

forum in which they constitute) and can have any geographical seat (although many of them are settled in developed States, and particularly those business-friendly, such as Switzerland).

As a previous step to this analysis we have distinguished three types of international standards. First of all, we have the rules of transnational effectiveness. These would be internal legal norms, but with the characteristic of having a certain international efficacy, or more precisely, transnational, because their effectiveness does not occur in the field of public international law, but in the territory of another State. These rules show a fundamental phenomenon of the internationalization of public law, and one of the typical objects of study of the Global Law, namely, the effectiveness of the State standard, traditionally limited to the territory, in a foreign territory and Subjected to its own State sovereignty and its own legal system. This is the case for example within the European Union when the mechanisms of mutual recognition come into play, or even with many rules which are not properly agreed, but all imposed by certain States, which have ultraterritorial effects, applying to Foreign legal relations as soon as a national element intervenes, even if it is very tangential. This is what happens with much of the American financial legislation.

A second type of international norms are the norms of international organizations. These are characterized by the emanation of organizations constituted by States and often with legal-public status in international law, but which do not necessarily have the power to create standards, and even less that they can, hypothetically equate to laws or other international treaties, but they do exercise the *de facto* normative role, as do private entities. Finally, some of these rules are proper resolutions of their appellate bodies, as is the case with the famous WTO appeals committee, but they are not identified as judicial resolutions (which are not) or as administrative acts, but with rules.

Finally, we would have the supranational private rules in the proper sense. These would be the norms emanating from supranational private entities, which deal with regulatory areas occupied by public law, and which have a potentially global effectiveness, but which require recognition in the State Law in order to be applied territorially. These supranational private entities have been included in this work in the concept of corporate citizen, as well as the international organizations themselves, because of its position as *de facto* creators of legal norms. Well, both types of norms should be considered «twin brothers»: their effectiveness will be the same as that of the norms emanated from private entities, and the nature of the subject that exercises the function as well, because both of them exercise functions of

normative public relevance without any democratic state legitimation. In short, the nature of the organization, public, private or *de facto*, does not conditionate the nature of the exercise of normative power, which is always private as long as it does not enjoy state legitimacy. Therefore, the rules arising from this exercise, whether they come from international organizations or private entities or from meetings held informally, are always private and international. The distinction between norms of international and private international organizations is, thus, abolished, because the determinant element in its private character is not the nature of the subject from which they emanate, but the nature of the exercised function, that as long as it is not emanated by a legitimate democratic State, it must always be considered private.

Therefore, the problem focuses on integrating in the State legal order the international norms, which are of a topical nature and with a special sensibility to favour the particular interests of those to whom they are applied (private businesses), but incoherent with each other, so that they cannot at all constitute a system of Law. Another important point to retain: such integration must be within the legal system of a particular state. But by its aporistic nature, international standards are destined to be incoherent with the system of any state. Precisely the proposed procedure of legitimization the norm, which we have studied in the third part of this work, serves to this purpose: the International standard is purged until it is verified whether it is applicable or not inside the State legal order: but if we are going to consider it applicable, this will happen only admitting its integration, and that implies ensuring that the international standard is consistent with the rest of the constitutional system in which it will be integrated.

The justification for *ad casum* legitimacy of supranational private standards is found in the theory of recognition. The theory of recognition has been unauthorized by the exclusive legislative power of the state, but exceeded this monopoly and in a context of exclusively private rules, which obligate its recipients only by decision or tacit recognition, the theory revives. This concept that formal laws need to be «received» by custom was already denied by the first wave of centralization in the 16th century, whose academic protagonists must be found of course in the school of Salamanca, and especially in FRANCISCO SUÁREZ. For SUÁREZ, recognizing that formal laws require acceptance of their recipients means denying the Prince's power by dictating the laws. Acceptance, it tells us, is not a condition of the obligatory of the law (efficacy) but the reverse, is a consequence: the law obliges its observance

and therefore to its acceptance. Acceptance of the law is not an option for the recipient, but a consequence of the Prince's perfect legislative powers. Here we have the modern State.

Hence the theory of recognition, inadequate and even dangerous for the legislative power of the state (and with it, for democracy itself) is to come out in our aid to the phenomenon of supranational norms. Here the danger is not that the will of the recipients undermine the legislative power of the democratic State, on the contrary: the danger lies precisely in the fact that an apocryphal prince, the corporate citizen, can impose their rules on subjects who, in turn, are bound by a territorial law, and can even prevail over it. For this to happen, we first require recognition of the private supranational norm by the recipient. In this way, the subjects obligated by a supranational private standard should be recognized as recipients of this one so that it can be applied to them.

Finally, we have concluded the equivalence of the phenomenon of supranational norms and of the so-called *soft law*. In fact, the vast majority of supranational private norms answer to the scheme of *a priori* non-binding law, with names of the most diverse, such as guidelines, recommendations, or others. This phenomenon occurs even in supranational levels which are, theoretically, built on the dogmatic model of sources of the law of the State, as is it the case of the European Union. However, this recognition-based analysis is applicable to the supranational rules of *soft law*, in general, but not necessarily to European Law, which does have a system of sources strong enough to respond by itself to the question of where to place the *soft law* within the system. But in general terms, we believe that *soft law* is actually valid Law that requires being received to be effective, but that once the reception is formulated, it is perfectly applicable, and from which responsibility might be derived from the corporate citizen.

As it can be understood, the methodological element of this work is actually transversal. We now know that supranational private norms are the normative manifestation of Global Law. As such, they share their supra-State, topical, hybrid and receptive nature. The methodological key element has been to elaborate a dogmatic of these norms, abstracting their common characteristics. To achieve this goal, we have developed a concept of corporate citizen, who will be the creator of supranational private standards, the private subject exercising the normative function spontaneously, and which must be the center of imputation of the liability arising from the application of international standards (which we prefer to call, as we have already said, «private supranational norms»).

Subsequently, we have developed a classification of types of supranational norms. In particular, supranational private standards must be distinguished from the legal-public norms of supranational effectiveness, fundamentally, transnational norms. The distinction with respect to the rules emanating from international organizations is more subtle and it seems that, where an international organization exercises a normative power that is doubtfully based on its constituent treaty, the resulting rules tend to converge in its nature with supranational private standards.

In the same way, we have solved the problem of the incardination of the supranational private norms in the law of the State, by means of the theory of objective reception. The international standard must be received firstly by the subject to which it is applicable, and only after being invoked in the judicial process, and always by the due proof in the process of such reception. Only when the supranational rule has been tested will the judge go on to analyze the conformity of this norm with the internal legal system, and finally the resolution of the regulatory conflict that may occur with the internal norm.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV (2015): «Análisis económico del Derecho», *Economía Industrial*, n. 398, Madrid: Ministerio de Industria.

ABBOTT, K.W. y SNIDAL, D. (2000): «Hard and Soft Law in international Governance», *International Organization*, v. 54, n. 3, pp. 421-456.

ABBOTT, K.W. y SNIDAL, D. (2001): «International “Standards” and International Governance», *Journal of European Policy*, n. 8, pp. 345-370.

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2004): *El control de la contaminación: técnicas de jurídicas de protección medioambiental*, Madrid: Montecorvo.

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2015): «La Administración del reconocimiento mutuo. Un análisis a partir de la libre circulación de profesionales... hasta la unidad de mercado», *Revista de Administración Pública*, n. 197, pp. 345-398.

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2018a): *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Cizur Menor: Civitas.

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2018b): «La superación del paradigma territorial y sus efectos en el Derecho Administrativo. Bases normativas del Derecho Administrativo transnacional», *Revista de Derecho Político*, n. 103, pp. 155-191.

AJA FERNÁNDEZ, E. (1998): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona: Ariel.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013): *Derecho Civil*, vol. I, Madrid: Edisofer.

ALCÁZAR MOLINA, M. (2018): *Registros y Blockchain*, de 4 de mayo, disponible en <https://regispro.es/registros-y-blockchain-por-manuel-alcazar-molina/> [Consultado el 26-11-2019].

ALEXY, R. (1983): *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a. M.: Shurkamp [Traducción española en ALEXY, R (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid: CEPC].

ALEXY, R. (1989): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Shurkamp [traducción española en ALEXY, R. (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: CEPC].

ALEXY, R. (2009): «Sobre los derechos constitucionales a protección», en GARCÍA MANRIQUE, R., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 45-84.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991): *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2007): «Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho», *Indret*, n. 1.

ALKAN OLSSON, I. (2013): «Four Competing Approaches to International Soft Law», *Scandinavian Studies in Law*, n. 58, pp. 178-196.

ALLI ARANGUREN, J. C. (2004): *Derecho Administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004.

ALLISON, L. (coord). (2005): *The Global Politics of Sport. The role of Global Institutions in Sport*, Routledge: Londres.

ALMOGUERA CARRERES, J. (2002): *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid: Reus.

ALONSO GARCÍA, R. (2002): «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *The Jean Monnet Working Papers; New York University*, n. 4.

ALONSO GARCÍA, R. (2010): *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Pamplona: Civitas.

ALONSO UREBA, A. (1985): *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico*. Madrid: Montecorvo.

ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1998): «La capacidad normativa de los sujetos privados», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 99, pp. 343-367.

AMAN, A. C. (1999): «Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy, and the Furtherance of a Global Public Interest», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 6, núm. 2, pp. 397-419.

AMAN, A.C. (2001): «The Limits of Globalization and the future of Administrative Law: From Government to Governance», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 8, n. 2, pp. 379-400.

AMAN, A.C. (2017): «Globalización, Derecho transnacional y desnacionalización», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.) (2017): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, v. 1, t. 1, pp. 79-94.

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (2013): «Los derechos fundamentales en Principia Iuris (o los límites de la Teoría del Derecho)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 39, pp. 35-55.

ARIÑO ORTIZ, G. (1993): *Economía y Estado, Crisis y reforma del Sector Público*, Madrid: Marcial Pons.

ARIÑO ORTIZ, G. (2004): *Principios de Derecho Público Económico*, Granada: Comares.

ARIÑO ORTIZ, G. (2010): «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, n. 182, pp. 9-37.

ARISTÓTELES (2003): *Retórica*, Madrid: CEPC.

ARISTÓTELES (2007): *Tratados de Lógica*, Madrid: Gredos.

ASÍN PALACIOS, M. (1925): Una sinopsis de la ciencia de los fundamentos jurídicos, según Alzagal: (análisis y extractos de la introducción de su Mostasfa), *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 2, 13-26.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS (AECA) (2004): «Marco conceptual de la responsabilidad social corporativa», *Documentos AECA, Serie Responsabilidad Social Corporativa*, Documento número 1, Madrid, 21.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2017): *Filosofía del Derecho y Transformación social*, Madrid: Trotta.

AUBY, J.B. (2010): *La globalisation, le droit et l'Etat*, 2ª ed., Paris: Lextenso Éditions [Hay traducción española de la primera edición en AUBY, J.B. (2013): *La Globalización, el Derecho y el Estado*, Sevilla: Global Law Press].

AVEZUELA CÁRCEL, J. (2018): «Una breve introducción a la denominada inversión socialmente responsable (ISR)», en GALERA, S. (dir.): *Políticas Locales de Clima y Energía: Teoría y Práctica*, Madrid: INAP.

AVI-JONAH, R. (2003): «National Regulation of Multinational Enterprises: An Essay on Comity, Extraterritoriality, and Harmonization», *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, pp. 5 -35.

BACIGALUPO, M. (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons.

BACKER, L.C. (2011): «Private Actors and Public Governance Beyond the State: The Multinational Corporation, the Financial Stability Board and the Global Governance Order», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 18, pp. 751-802.

BADURA, P. (1966): «Bewahrung und Veränderung demokratischer Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften», *VVDStRL*, 23, pp. 34-104.

BAER, S. (2004): «Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältniss zur Rechtsdogmatik», en SCHMIDT-AßMANN, E. y HOFFMANN-RIEM, W. (Coords.) (2004): *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, p. 225.

BAILLY, A. (2000). *Le Grand Bailly, Dictionnaire Grec-Français*, París: Hachette.

BALLBÉ, M. (2007): «El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, n. 174, pp. 2015-276.

BALLESTEROS GARRIDO, J.A. (1999): *Las condiciones generales de los contratos y principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona: Bosch.

BANERJEE, S. B. (2008): «Corporate social responsibility: The good, the bad and the ugly», *Critical Sociology*, v. 34, n. 1, pp. 51-79.

BAÑO LEÓN, J.M. (2004): «La Administración frente al Juez en el Estado Constitucional: la evolución del Derecho Administrativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 349-366.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2010): «Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia», en GARCÍA MACHO, R. (ed.) (2010): *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons, 49-80.

BARNES, J. (2015): «La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y procedimiento», en DARNACULLETA GARDELLA, ESTEVE PARDO y SPIECKER GEN. DÖHMANN, *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, pp. 281-313.

BARR, M. y MILLER, G. (2006): «Global Administrative Law: The View from Basel», *European Journal of International Law*, n. 17, pp. 1-17.

BAST, J. (2007): «Internationalisierung und De-Internationalisierung der Migrationsverwaltung», en en MÖLLERS, C., VOSSKUHL, A. y WALTER, C. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 279-213.

BATTINI, S. (2003): *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffré.

BATTINI, S. (2017): «The proliferation of global regulatory regimes», en CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 45-64.

BAYÓN MOHÍNO, J.C. (1991): *La normatividad del derecho, deber jurídico y razones para la acción*, Madrid: CEPC.

BAYÓN MOHÍNO, J.C. (2009): «Internacionalización del Derecho y Metodología Jurídica», en DE FIGUEIREDO DIAS, J. (org.) (2009): *Internacionalização do Direito no novo século*, Coimbra: Boletim da faculdade de Direito, Coimbra Editora, pp. 13-41.

BAYÓN MOHÍNO, J.C. (2013): «El constitucionalismo en la esfera pública global», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. XXIX, pp. 57-99.

BEJARANO, J.A. (1999): «El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos», *Revista de Economía Institucional*, v. 1, n. 1, pp. 155-167.

BELLOSO MARTÍN, N. (2013): «Algunos efectos perversos de la globalización: las empresas multinacionales y el deber de respeto de los estándares mínimos internacionales de Derechos Humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 28, pp. 1-31.

BENVENISTI, E. (2005): «The Interplay between Actors as a Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions», *Law and Contemporary Problems*, v. 68, pp. 319-340.

BERMAN, P.S. (2005): «From International Law to Law and Globalization», *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, pp. 485-556.

BESSELINK, L. (2012): «The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon: The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions», *Actas del XXV Congreso FIDE de Tallín 2012, Volume 1: The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon*, Tallín: Tartu University Press.

BIAGGINI, G. (2008): «Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft», *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, n. 67, pp. 414-440.

BIANCHI, A. (1997): «Globalization of Human Rights: The Role of Non-State Actors», en TEUBNER, G. (ed.), *Global Law Without State*, Dartmouth: Dartmouth Publishing Co Ltd, pp. 179-212.

BINDER, J. (1925): *Philosophie des Rechts*, Berlín: Stilke.

BIX, B. (2003): «Algunas reflexiones sobre metodología en Teoría del Derecho», *Doxa*, n. 26, pp. 609-633.

BLACK, J. (2005): «Decentring regulation: The role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world», *Current Legal Problems*, v. 54, pp. 103-146.

BOBBIO, N. (1989): «Derechos del hombre y filosofía de la historia», *Anuario de Derechos Humanos*, n. 5, pp. 27-39.

BOCANEGRA SIERRA, R. y GARCÍA LUENGO, J. (2008): «Los actos administrativos transnacionales», *Revista de Administración Pública*, n. 117, pp. 9-29.

- BÖCKENFÖRDE, E.W. (1993): *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Nomos.
- BREWER-CARÍAS, A. R. (2016): «El consentimiento del Estado al arbitraje internacional en la Ley de Promoción y Protección de inversiones de 1999 y sus vicisitudes», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ G., J. I., *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Madrid: INAP, pp. 129-196.
- BRUMMER, S. (2012): *Soft Law and the Global Financial System—Rule Making in the 21st Century*, Cambridge: CUP.
- BÜTHE, T. y MATTLI, W. (2011): *The new global rulers. The privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2011, pp. 5 y 19-20.
- BYRNES, R. y LAWRENCE, P. (2015): «Can ‘Soft Law’ Solve ‘Hard Problems’? Justice, Legal Form and the Durban-Mandated Climate Negotiations», *The University of Tasmania Law Review*, v. 34, n. 1, pp. 34-67.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. (1994): *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CAFAGGI, F. (coord.) (2006): *Reframing self-regulation in European Private Law*, La Haya: Kluwer Law International.
- CAFAGGI, F. (2017): «Transnational Private Regulation: Regulating Private Regulators», CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 212-242.
- CAIA, G., ANDREINI, P. (coords.) et al. (1995): *La normativa tecnica industriale. Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, Bologna: Il Mulino.
- CAMILLI, E.L. (2011): «Basel–Brussels One Way? The EU in the Legalization Process of Basel Soft Law», en CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (2011): *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Heidelberg: Springer, pp. 323-358.
- CANARIS, C.W. (1995): *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Madrid: Civitas.

CANARIS, C.W. (1998): *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid.

CARRASCOSA MORALES, A. (2010): «El impacto de Basilea III sobre las Entidades de Crédito», *Notario*, noviembre, p. 84-87.

CARRILLO DONAIRE, J.A. (2000): «Nulidad de los Reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la directiva 98/34/CE. La doctrina del TJCE sobre la “inoponibilidad” frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia “CIA Security”», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n°. 37, pp. 127-150.

CASINI, L. (2010): *Il diritto globale dello sport*, Milano, Giuffrè, 2010.

CASINI, L. (2011): «The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport», *German Law Journal*, v. 12, n. 5, pp. 1317-1340.

CASINI, L. (2017): «The expansion of the material scope of Global Law», CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 25-45.

CARDUCCI, M (2014): «Una riflessione sulla utilità della semantica di Otto Hintze nel cosiddetto “cambio di paradigma” del diritto amministrativo», *Revista Digital de Dereito Administrativo*, v. 1, n. 2, pp. 280-289.

CAROTTI, B. (2007): «L’ICANN è la Governance di l’Internet», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, pp. 681-721.

CAROTTI, B. (2016): *Il sistema di governo di Internet*, Milano: Giuffrè.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008): «Orden público internacional y externalidades negativas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2065, pp. 2351-2378.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (2014): «Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n. 193, pp. 11-44.

CARROLL, A.B. y SHABANA, K.M. (2010): «The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice», *International Journal of Management Reviews*, v. 12, n. 1, pp. 85-105.

CASSESE, S. (2005a): «Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation», *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 37, pp. 663-694.

CASSESE, S. (2005b): «The globalization of Law», *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 37, pp. 973-993.

CASSESE, S. (2009): *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino: Einaudi (hay traducción española de GUTIÉRREZ ALONSO, J.J.: CASSESE, S. (2010): *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Editorial Derecho Global, Global Law Press, Sevilla.

CASSESE, S. (dir.) et al. (2015): *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 5ª ed, Milán: Giuffrè Editore.

CASSESE, S. (2017): «Governing the World», en CASSESE, S.: *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 502-511.

CASTÁN TOBEÑAS, J (1986): *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. I Vol. I, Madrid: Reus.

CENDÓN CASTRO, J.L. (2008): «Régimen del derecho marítimo sobre los pecios con valor arqueológico e histórico», *Blog [derechomaritimo.info](https://www.derechomaritimo.info)*, 2 de enero, disponible en <https://www.derechomaritimo.info/derecho-maritimo/regimen-del-derecho-maritimo-sobre-los-pecios-con-valor-arqueologico-e-historico/#.XKNTpacrw1g> [Consultado el 01/12/2019].

CHESIRE, G., NORTH, P. y FAWCETT, J. (2008): *Private International Law*, Oxford: Oxford U.P.

CHIASSONI, P. (2013): *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, Lima: Palestra Editores.

CHILDRESS, D.E. (2010): «Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws», *University of California, Davis*, vol. 44, pp. 11-79.

CHILDRESS, D. E. (2013): «Does international investment law need administrative law? Responding to Jason Yackee», *Harvard International Law Journal Online*, n. 54, pp. 115-123.

CHIMNI, B.S. (2005): «Co-option and Resistance: Two faces of Global Administrative Law», *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 37, pp. 799-827.

CHINCHILLA MARÍN, C. (2017): «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica *privada* y su personalidad jurídica *diferenciada*: ¿realidad o ficción?», *Revista de Administración Pública*, n. 203, pp. 17-56.

CHITI, E. (2010): «Organización europea y organización global: elementos para una comparación», en PONCE SOLÉ, J. (coord.) (2010): *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP- Marcial Pons, Madrid.

CIERCO SEIRA, C. (2011): «La administración electrónica al servicio de la simplificación administrativa: luces y sombras», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 38, pp. 155-219.

CIURO CALDANI, M.A. (2006): «Filosofía y sistema del Derecho de la Integración (El complejo problemático del Derecho de la Integración. Hacia la autonomía científica del Derecho de la Integración)», *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n. 29, pp. 27-48.

CIVITARESE MATEUCCI, S. (2014): «Some remarks on methodology in legal studies in the light of the challenges that globalization poses to legal doctrine», *Revista Catalana de Dret Public*, n. 48, pp. 119-134.

COHEN, F. S. (1935): «Transcendental Nonsense and the Functional Approach», *Columbia Law Review*, v. 35, n. 6, 809-849.

COING, H. (1961): *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona: Ariel.

COLMEIRO, M. (1876): *Derecho Administrativo Español*, Madrid: Eduardo Martínez.

COLOMER MARTÍN-CALERO, J.L. (2001): «Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal», *Doxa*, n. 24, pp. 251-296.

CRAIG, P. (2017): «Global networks and shared administration», en CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 153-172.

DANN, P. (2007): «Grundfragen eines Entwicklungsverwaltungsrechts», en MÖLLERS, C., VOSSKUHLE, A. y WALTER, C (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 7-48.

DANN, P. y VON ENGELHARDT, M. (2011): «The Global Administrative Order Through a German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany», *German Law Journal*, vol. 12, núm. 7, pp. 1371-1387.

D'ALTERIO, E. (2010): *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*, Milano: Giuffrè.

D'ALTERIO, E. (2011): «From judicial comity to legal comity: a judicial solution for the global disorder?», *ICON*, v. 9, n. 2, 394-424.

D'ALTERIO, E. (2017): «Judicial Regulation in the Global Space», CASSESE, S. (2017): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 303-324.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2005): *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2014): «Los instrumentos de regulación bancaria en el sistema de fuentes del Derecho», en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. (Dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Pamplona, pp. 131-183.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2015): «Autorregulación normativa y Derecho en la Globalización», en DARNACULLETA GARDELLA, M.M./ESTEVE PARDO, J./SPIECKER GEN. DÖHMANN, *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, pp. 11-49.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2016): «El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?», *Revista de Administración Pública*, n. 199, pp. 11-49.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M. y LEÑERO BOHÓRQUEZ, R. (2014): «Crisis financiera y crisis democrática: la regulación financiera internacional mediante redes de supervisores», en PERDICES HUETOS, A.B., JUAN ANDRÉS RECALDE CASTELLS,

J.A. y TIRADO, I. (coords.), *Crisis y Reforma del Derecho Financiero*, Thomson-Reuters, pp. 177-195.

DARNACULLETA GARDELLA, M.M y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A, (2010): «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *Revista de Administración Pública*, n. 183, pp. 139-177.

DAVIS, K. y TREBILCOCK, M. (2008): «The Relationship between Law and Development: Optimists vs. Skeptics», *Amer. J. Comp. L.*, n. 56, pp. 895 y ss.

DE BELLIS, M. (2010): «Public Law and Private Regulators in the Global Legal Space», *The new Public Law in a Global (dis)order. A perspective from Italy, Jean Monnet Working Paper*, 17/2010.

DE BELLIS, M. (2012): *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano: Giuffrè.

DE BÚRCA, G. (2008): «Developing Democracy beyond the State», *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, n. 2, pp. 221-278.

DE CASTRO Y BRAVO, F (1955): *Derecho Civil de España*, T. I y II, Madrid: Centro de Estudios Políticos, 3ª ed.

DE JULIOS CAMPUZANO, A. (2004): «Culturas jurídicas y Globalización: Presupuestos metodológicos de un Derecho cosmopolita», *Derechos y Libertades*, n. 13, pp. 217-239.

DE SOUSA SANTOS, B. (1987): «Law: map of misreading toward postmodern conception of law», *Journal of Law and Society*, v. 14, n. 3, pp. 279-302.

DE SOUSA SANTOS, B. (1991): «Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho», *Nueva Sociedad*, n. 116, pp. 18-38.

DE SOUSA SANTOS, B. (1998): *La globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: UNC/ILSA.

DELLA CANANEA, G. (2006): *Sovranità e globalizzazione*, Parolechiave.

DELLA CANANEA, G. (2016): *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*. Oxford: OUP.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2010): «Libertad de establecimiento y de servicios, ¿reconocimiento mutuo o país de origen?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 146, pp. 221-246.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2015): «Desarrollo y eficacia de reglas transnacionales con participación de actores no estatales», en BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRIGO, A.J. (dirs.) y PAREJA, P. (coord.), *La Gobernanza del interés público global. XXV jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, pp. 333-360.

DE VERGOTTINI, G. (2006): «Garanzia dell'identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione», en C. AMATO, G. PONZANELLI (eds.), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*. Torino: Giappichelli, pp. 6-18.

DE VERGOTTINI, G. (2010): *Más allá del diálogo entre Tribunales*, Madrid: Civitas.

DI ROBILANT, A. (2013): «Genealogies of Soft Law», *Scandinavian Studies in Law*, n. 58, pp. 218-268.

DÍAZ GARCÍA, E. (1984): *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid: Debate.

DÍAZ, E. (2004): «Estado de Derecho y derechos humanos», en BETEGÓN CARRILLO, J., LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., PRIETO SANCHÍS, L. (coords.) (2004): *Constitución y Derechos fundamentales*, Madrid: CEPC, pp. 17-40.

COLOMER MARTÍN-CALERO, J.L. (2002): «Libertad individual y límites del derecho: el liberalismo y sus críticos», en DÍAZ GARCÍA, E. y COLOMER MARTÍN-CALERO, J.L. (eds.): *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza Editorial, pp. 177-210.

DICEY, A.V. (1896): *A Digest of the Law of England with reference to the conflict of Laws*, Londres: Stevens and Sons/ Sweet and Maxwell.

DICEY, A.V., MORRIS, J.H.C. y COLLINS OF MAPESBURY, L.A. (2018): *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 15th ed., Londres: Sweet and Maxwell.

DIETZ, T. (2012): «Contract Law, Relational Contracts, and Reputational Networks in International Trade: An Empirical Investigation into Cross-Border Contracts in the Software Industry», *Law and Social Inquiry*, n. 37, v. 1, 25.

DIETZ, T. (2014): *Global Order Beyond Law—How Information and Communication Technologies Facilitate Relational Contracting in International Trade (International Studies in the Theory of Private Law)*, Oxford: Hart.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Cizur Menor: Civitas.

DÍEZ SASTRE, S. (2015): «La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público», *RJUAM*, n.31, pp. 105-135.

DÍEZ SASTRE, S. (2018): *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Madrid: Marcial Pons.

DOMENECH PASCUAL, G. (2014): «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de Administración Pública*, n. 195, pp. 99-103.

DOMINGO OSLE, R. (2008): *¿Qué es el Derecho Global?*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

DOMINGO OSLE, R. (2009): «La pirámide del Derecho Global», *Persona y Derecho*, n. 60, pp. 29-62.

DOMINGO OSLE (2012): «Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 96, pp. 99-123.

DUQUE SANDOVAL, O. (2007): «Concepciones del Derecho y discrecionalidad judicial», *Criterio Jurídico*, v. 7, pp. 59-106.

DURNER, W. (2007): «Internationales Umweltverwaltungsrecht», en MÖLLERS, C., VOSSKUHLE, A. y WALTER, C (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Tubinga: Mohr Siebeck, pp. 121-164.

DWORKIN, R. (1977): *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press [versión española en DWORKIN, R. (2012): *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel].

EMBED TELLO, A. E. (2015): «Retos de la relación Ciencia-Derecho: la procedimentalización de la evaluación de riesgos en la Unión Europea», en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2016): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons, pp. 89-101.

ESCANCIANO GARCÍA-MIRANDA, C. y SANTOS VIJANDE, M.L. (2015): «Gestión de la seguridad alimentaria en la empresa española: implicaciones de la adopción de la ISO 22000», *Economía industrial*, nº 398 (Ejemplar dedicado a: Análisis económico del derecho), pp. 167-178.

ESSER, J. (1961): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona: Bosch.

ESTEVE PARDO (2002): *Autorregulación: Génesis y efectos*, Pamplona: Aranzadi.

ESTEVE PARDO, J. (2013): *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, M. Pons, Madrid.

ESTEVE PARDO, J. (2015a): *Estado garante. Idea y realidad.*, Madrid: INAP.

ESTEVE PARDO, J. (2015b): «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de administración pública*, nº 197, pp. 11-39.

ESTEVE PARDO, J. (2015c): «Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias de Derecho público», en DARNACULLETA GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I. (2015): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons, pp. 33-46.

ESTY, D. C. (2006): «Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law», *The Yale Law Journal*, v. 115, pp. 1490-1560.

FERNÁNDEZ EGEA, M. R. (2008): *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid: Marcial Pons.

FERNÁNDEZ LIESA, C. (2017): «Gobernanza y desgobierno de las organizaciones», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.) (2017): *Los retos del Estado y la*

Administración en el siglo XXI: : libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Vol. 1, Tomo 1, pp. 95-114.

FERNÁNDEZ LIESA, C. y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E. (2018): *Empresas y Derechos Humanos*, Pamplona: Aranzadi.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2009): *Derecho Internacional Privado*, Pamplona: Civitas.

FERRAJOLI, L. (1996): «Beyond Sovereignty and Citizenship: a Global Constitutionalism», en BELLAMY, R. (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Aldershot, Avebury, pp. 151-159.

FERRAJOLI, L. (2012): *Principia Iuris*. Bari: Laterza.

FERRAJOLI, L. (2018): *Constitucionalismo más allá del Estado*, Madrid: Trotta.

FERRARESE, M. R. (2000): *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna: il Mulino.

FIGUERA VARGAS, S.C. y ANAYA TORRES, M.A. (2018): «Sentencia No. C-1008/2010 de la Corte Constitucional de Colombia y su fundamentación en la Lex Mercatoria», *Ius et Veritas*, n. 57, pp. 30-42.

FINKE, J. (2014): «Concepts, hybridization, principles, and the rule of law: New literature on international monetary and financial law», *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 4, pp. 1054-1070.

FINNIS, J. (1998): *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford: OUP.

FINNIS (2011). *Natural Law and Natural Rights*, Second Edition. Oxford: OUP.

FINNIS, J. (2018): «Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2018 Edition), Edward N. ZALTA (ed.), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/aquinas-moral-political/>>).

FISCHER-LESCANO, A. (2008): «Transnationales Verwaltungsrecht. Privatverwaltungsrecht, Verbandsklage und Kollisionsrecht nach der Aarhus Convention», *Juristenzeitung*, n. 63, pp. 373-382.

FISCHER-LESCANO, A. y CHRISTENSEN, R. (2005): «*Auctoritatis interpositio*. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie», *Der Staat*, n. 44, p. 213.

FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G. (2004): «Regime Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global Law», *Michigan Journal of International Law*, n. 25, 999-1046.

FORSTHOFF, E. (2015): *Estado de Derecho en Mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*. Madrid: Tecnos.

FOX, M. (2004): «What's So Special About Multinational Enterprises?: A Comment on Aviyonah», *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, pp. 551 y ss.

GAFFIOT, F. (2000): *Le Grand Gaffiot, Dictionnaire Latin-Français*, Paris: Hachette.

GALGANO, F. (2005): *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna, il Mulino.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1961): «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. Una Contribución a la teoría del Estado de Derecho», *Revista de administración pública*, n. 34, pp. 11-52.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1962): «Sobre el comentario constitucional. Prolegómenos metodológicos al Derecho estatal», *Revista de Estudios Políticos*, N° 121, p. 137 y ss.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1971a). *Administración y jueces gubernativo y contencioso : reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el estado constitucional, y los fundamentos del derecho administrativo español*, MADRID: Instituto de Estudios Administrativos.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1971b): *Ley y Reglamento en el Derecho Público occidental*. Madrid: IEA.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1971c): *Derecho General de Organización*, Madrid: ENAP, pp. 58 y ss.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1992). *Constitución y personalidad jurídica del Estado*. Madrid: Tecnos.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1996): «La discusión sobre el método en Derecho público durante la República de Weimar (Ciencias del espíritu y método jurídico)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 46.

GALLEGO ANABITARTE, A., *et al.* (2000), *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*, Madrid: Marcial Pons.

GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, A., *et alli.* (2001), *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid: Marcial Pons.

GALLEGO ANABITARTE, A. (2009). *Poder y derecho: Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*, Madrid: Marcial Pons.

GARCÍA AMADO, J.A. (1985): «Teorías del Sistema Jurídico y concepto de Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 2, pp. 297-316.

GARCÍA AMADO, J.A. (1987): «Tópica, Derecho y Método Jurídico», *Doxa*, n. 4, pp. 161-188.

GARCÍA AMADO, J.A. (2018): *Teorías de la tópica jurídica*, Lima: Palestra Editores.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2012): «La reestructuración del sector público fundacional», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, n. 1, pp. 19-56.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (1972): *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Taurus.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (1981): *Legislación delegada, potestad Reglamentaria y control judicial*, Madrid: Tecnos.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2011): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, (v. I y II) 15ª ed.

GARCÍA INDA, A. (2001): «Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad», *Doxa*, n. 24, pp. 1-39.

GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, P. (2016): «Tópica y doctrina del Consejo de Estado (sobre una manera jurídica de razonar)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 60, pp. 34-41.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A. (1974): *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid: Revista de Derecho Privado.

GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS, A. (1946): *El problema del Derecho y la vocación jurídica de nuestro tiempo*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. (2016): *Derecho Internacional Privado*, Pamplona: Civitas.

GARDBERG, N.A. y FOMBRUN, C.J. (2006): «Corporate Citizenship: Creating Intangible Assets Across Institutional Environments», *Academy of Management Review*, v. 31, n. 2, pp. 329-346.

GARRIDO GÓMEZ, M.I. (2017): *El Soft Law como fuente del Derecho Extranacional*, Madrid: Dykinson, pp. 143-145.

GASCÓN Y MARÍN, J. (1934): *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: C. Bermejo.

GEBAUER, M. (2000): «Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation», *Uniform Law Review*, n. 4, 683-705.

GHODOOSI, F. (2015): «The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements», *Nebraska Law Review*, v. 94, n. 3, pp. 685-736.

GNES, M. (2010): «Circolazione e globalizzazione del diritto», *Global Competition*, 2010, n. 25, pp. 12-21.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. (2018): *La desvinculación como técnica de regulación. De las transferencias de aprovechamiento urbanístico al comercio de derechos de emisión*, Pamplona: Civitas.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2005): *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons.

GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J. (1994): «El análisis económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 15-16, pp. 929-943.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. (1962): «El concepto de Derecho Administrativo Internacional en la obra del profesor Gascón y Marín», *Asociación Francisco de Vitoria*, CSIC.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2004): «Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo: presupuestos de una relación», *Revista de Administración Pública*, n. 164, pp. 7-39.

GONZÁLEZ-POSADA y BIESCA, A. (1928): *Tratado de Derecho Político*, vol. I Madrid: Victoriano Suárez.

GONZÁLEZ-VARAS, S.J. (2008): *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid: Thomson-Civitas, 1ª ed. (obra completa).

GOODE, R. (2005): «Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law», *International and Commercial Law Quarterly*, v. 53, n. 3, pp. 539-562.

GÖTTSCHE, G.J. (2005): *Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz*, Berlin: Duncker & Humblot.

GOWER, L.C.B, DAVIES, P.L. y WORTHINGTON, S. (2012): *Principles of Modern Company Law*, 9ª ed, Londres: Sweet and Maxwell.

GRACIÁN Y MORALES, B. (1960): *Obras Completas*, Madrid: Aguilar.

GUICHOT REINA, E. (2012): «Globalización jurídica y Derecho Público. Recientes aportaciones en la doctrina europea», *Revista de Administración Pública*, n. 187, pp. 305-326.

GUICHOT REINA, E. (2016): «Reflexiones acerca de la aplicación de la nueva normativa sobre transparencia pública», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 94, pp. 89-106.

GUZMAN, A.T. (2000): «Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules», *Duke Law Journal*, v. 49, pp. 1279-1334.

HABA, E. P. (2007): «Sobre “observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica de *Christian Courtis*», *Isonomía*, n. 27, pp. 205-213.

HÄBERLE, P. (1975): «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *Juristenzeitung*, pp. 297 y ss.

HAGUE, J. (2003): «Legal Reasoning and Legal Integration», *MJ*, n. 10, 1, pp. 67-97.

HARLOW, C. (1998): European Administrative Law and the Global Challenge, *RSC Working Paper*, n. 23.

HARLOW, C. (2006): «Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values», *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1 pp. 187-214.

HART, H.L.A. (1997): *The concept of Law*, 2nd. ed., Oxford: Clarendon Press.

HATZIMIHAİL, N. (2007): «Bartolus and the Conflict of Laws», *Revue Hellenique de Droit International*, v. 60, pp. 12-79.

HAURIOU, M. (1900): *Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques* (4e éd.), Paris: Larose et Forcel.

HEGEL, G.W.F. (1892): *Lógica*, IV Tomos, Madrid: Biblioteca Económica Filosófica (traducción de Antonio Zozaya).

HEGEL, G.W.F. (1909): *Phänomenologie de Geistes*, Leipzig: Fritz Eckardt Verlag.

HEGEL, G.W.F. (1988): *Principios de la Filosofía del Derecho*, Madrid: EDHASA.

HEGEL, G.W.F. (2010): *La Constitución alemana*, Madrid: Tecnos.

HEIDEMANN, M. (2013): «The autonomous interpretation method in international law with particular reference to the proposed European Sales Law I», *Amicus Curiae*, n. 93, pp. 21-30.

HEIDEMANN, M. (2019): *Transnational Commercial Law*, London: Red Globe Press.

HEINE, G.; LAMPE, E. J.; LAUFER, W. S.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; STRUDLER, A. (2010): *Modelos de responsabilidad de las personas jurídicas: Propuestas globales contemporáneas*, Lima: Ara Editores.

HENKEL, H (1968): *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos de Derecho*, Madrid: Taurus.

HERDEGEN, M. (2014): *Internationales Wirtschaftsrecht*, München: Beck, 10ª ed.; versión española en (2003): *Derecho Económico Internacional*, Pamplona: Civitas.

HERNÁNDEZ GALINDO, J. G. (2013): *El concepto de inconstitucionalidad en el derecho contemporáneo*. Bogotá: Temis

HERNÁNDEZ G., J.I. (2016): «Interdicción a la arbitrariedad desde el Derecho Administrativo Global», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 181, pp. 319-343.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (2009): «Justicia global y justicia legal: ¿tenemos derecho a un mundo justo?», *Doxa*, n. 32, pp. 341-374.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (2016): *Los Derechos Humanos: Una concepción de la justicia*, Madrid: Marcial Pons.

HINOJOSA Y NAVEROS, E. (1993): *El elemento germánico en el Derecho español* (reproducción del original de 1915), Madrid: Marcial Pons.

HONGJU, H.K. (1991): «Transnational Public Law Litigation», *Yale Law Journal*, v. 100, 2347-2402.

HORKHEIMER, M. y ADORNO, T.W. (2016): *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid: Trotta.

HUERGO LORA, A. (1998): *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid: Civitas.

HUERGO LORA, A. (2012): «Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada», *Revista de administración pública*, n. 189, pp. 41-73.

IGLESIAS SEVILLANO, H. (2018a): «El futuro jurídico de la minería espacial: una aproximación a un sector especial del derecho global», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, n. 8, pp. 113-124.

IGLESIAS SEVILLANO, H. (2018b): «Los posibles efectos de un laudo arbitral sobre una jurisprudencia consolidada: una cuestión abierta. A propósito de la Sentencia del Tribunal

Supremo 2797/2017, Sala 3^a, Sección 3^a, de 21 de junio de 2017», *Revista de Administración Pública*, n. 205, pp. 173-193.

IGLESIAS SEVILLANO, H. (2018c): «El arbitraje internacional como camino hacia una justicia jurídico-pública global», *Revista de Administración Pública*, n. 206, pp. 291-318.

IGLESIAS VELASCO, A. (2018): *El Juez estatal ante el Derecho Internacional*, Cizur Menor: Aranzadi.

IGLESIAS VILA, M. (1999): *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid: CEPC.

JACKSON, J.H. (1990): *Restructuring the GATT System*, Council on Foreign Relations Press.

JARIA, J. (2015): «La identificación del derecho aplicable en un contexto normativo complejo», en A.A.V.V., *Diálogos sobre la justicia y los jueces*, en Barcelona: Justicia y Sociedad, pp. 89-117.

JESSUP, P. (1956): *Transnational Law*, New Haven: Yale University Press.

JIMÉNEZ SEGADO, C. (2013): «El Poder Judicial y la Defensa de la Constitución en Carl Schmitt», *Revista de Estudios Políticos*, n. 161, pp. 41-67.

JURČYS, P., KJAER, P.F. y YATSUNAMI, R. (2013): *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Martinus Nijhoff Publishers.

KANT, I. (2005): *Metaphysische Anfangsgründe des Rechtslehre/Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, ed bilingüe Alemán-Italiano de F. GONNELLI, Bari: Laterza.

KELSEN, H. (1911): *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck).

KELSEN, H. (1979): *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D.F.: UNAM.

KELSEN, H. (2007): *Compendio de Teoría General del Estado*, traducción del original en alemán de 1926, México D.F.: Colofón.

KELSEN, H. (2009): *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires: Eudeba.

KENNEDY, D. (2013): «Law and the Political Economy of the World», *Leiden Journal of International Law*, n. 26, pp. 7-48.

KINGSBURY, B. (2005): «The Administrative Law Frontier in Global Governance», *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 99, pp. 143-153.

KINGSBURY, B. (2009): «The Concept of “Law” in Global Administrative Law», *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, pp. 23-57.

KINGSBURY, B. y CASINI, L. (2009): «Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law», *International Organizations Law Review*, n. 6, pp. 319-358.

KINGSBURY, B., KRISCH, N. Y STEWART, R. B. (2005): «The Emergence of Global Administrative Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, pp. 15-61.

KINGSBURY, B. y SCHILL, S. (2009): «Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law», *IIIJ Working Paper* n. 2009/6, Global Administrative Law Series.

KOHEN, M.G. (2002): «Europe and the Standardization of the Law: Past and Present», en KIERZSKOWSKI, H. (2002): *Europe and Globalization*, Londres: Palgrave Macmillan, pp. 87-103.

KRISCH, N. (2006): «The Pluralism of Global Administrative Law», *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, pp. 247-278.

KRISCH, N. (2011): «Who is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space», *Ratio Juris*, v. 24, n. 4, pp. 386-412.

KRISCH, N. y KINGSBURY, B. (2006): «Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order», *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, pp. 1-13.

KUMM, M. (2009): «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State», en DUNOFF, J.L., TRACHTMAN, J. (eds.) (2009): *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, pp. 263-264.

KUMM, M. (2017): «Global Constitutionalism and the rule of Law», en LANG, A.F. y WIENER, A. *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham: Elgar, pp. 197-211.

KUO, M.S. (2009): «The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury», *European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, pp. 997-1004.

LABAND, P. (1900): *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Paris: V. Giard & E. Brière.

LACRUZ BERDEJO (2002): *Elementos de Derecho Civil: I. Parte General Volumen Primero*. Madrid: Dykinson.

LADEUR, K.H. (2011a): «The emergence of Global Administrative Law and transnational regulation», *ILJ Working Paper*, 2011/1.

LADEUR, K.H. (2011b): «The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law», *Comparative Research in Law & Political Economy*, Research Paper No. 16/2011, pp. 1-55.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017): «El papel de la regulación en la llamada economía colaborativa», *Revista de Estudios Europeos*, n. 70, pp. 159-178.

LALUMIÈRE, C. (2000): «La Charte de droits fondamentaux et la Convention Européenne des droits de l'Homme», *Revue québécoise de droit international*, v. 13. n. 1, p. 167-186.

LANG, A.F. y WIENER, A. (2017): *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham: Elgar.

LANOIS, P. (2007): «Between a Rock and a Hard Place. The Sarbanes-Oxley Act and its global impact», *Journal of International Law & Policy*, v. 5, n. 4, pp. 1-19.

LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. (2005): «Globalización e imperio de la Ley: algunas dudas westfalias», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 9, 177-198.

LAPORTA SAN MIGUEL (2009): «Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas», en LAPORTA, F.J., RUIZ MANERO, J. y RODILLA, M.A., *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 55-95.

LARENZ, K. (1994): *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid: Ariel Derecho.

LARENZ, K., CANARIS, W. (1995): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Heidelberg: Springer Verlag.

LARRAZÁBAL BASÁÑEZ, S. (2011): «La modesta protección de los consumidores en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su potencial», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n. 45, pp. 161-189.

LA TORRE, M. (2016): «El Brexit y la miseria del constitucionalismo global», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 64, pp 4-11.

LEGAZ Y LACAMBRA, L. (1953): «La obligatoriedad jurídica», *Anuario de filosofía del derecho*, n. 1, pp. 5-90.

LEGAZ Y LACAMBRA (1958): «Legalidad y Legitimidad», *Revista de Estudios Políticos*, n. 101, pp. 5-23.

LEGAZ Y LACAMBRA, L. (1961): *Filosofía del Derecho* (2ª ed.), Barcelona: Bosch.

LEÑERO BOHÓRQUEZ, R. (2014): «El comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el Derecho público», en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. (coord.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Pamplona, pp. 184-251.

LEPSIUS, O. (2007): «Standardsetzung und Legitimation», en MÖLLERS, C., VOSSKUHLE, A. y WALTER, C. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 345-374.

LOCKE, J. (1991): *Two Treatises on Government*, Cambridge: CUP [para la traducción española vid. LOCKE, J. (1999): *Dos ensayos sobre el Gobierno Civil*, Madrid: Austral].

LOCKE, R.M. (2002): «Note on Corporate Citizenship in a Global Economy», *MIT Working Paper series*, IPC-02-008.

LÓPEZ ÁLVAREZ, L.F. (2014): «La normalización, la certificación y las marcas de conformidad para la gestión ecológica de las empresas», LOZANO CUTANDA (dir.) (2014): *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid: CEF, pp. 643-698.

LÓPEZ ASENJO, M. (2013): *La poesía barroca: el conceptismo y el culteranismo*. Disponible en: <http://masterlengua.com/la-poesia-barroca/>.

LORENZEN, E. G. (1919): Huber's De Conflictu Legum, *Faculty Scholarship Series*, Paper 4563, pp. 375-418, Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4563.

LÖWENSTEIN, K. (1971): *Teoría de la Constitución* (trad. GALLEGU ANABITARTE, A.) Barcelona: Ariel.

LUHMANN, N. (1998): «Der Staat des politischen Systems», en BECK (ed.) *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, pp. 345-80.

MACCORMICK, N. (1995): «The Maastricht-Urteil: Sovereignty now», *European Law Journal*, v. 1, n. 2, pp. 259-266.

MACEY, J.R. (2003): «Regulatory Globalization as a Response to Regulatory Competition», v. 52, *Emory L Rev*, pp. 1353 y ss.

MAGDELAÍN, A. (1962): «Domat y el Derecho Romano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n. 21, 165-171.

MAGER, U. (2010): «Die Entwicklung des Wasserwirtschaftsrechts – Referenzgebiet für ein materiell-rechtlich fundiertes internationales Verwaltungsrecht», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n. 70, pp. 789-818.

MALARET GARCÍA, E. (1988): «Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales (algunas consideraciones entorno a la regulación de productos)», *Revista de Administración Pública*, n. 116, pp. 287-340.

MALARET GARCÍA, E. (2013): «Le malaise de la globalisation, la crise économique et les déséquilibres dans la structure des pouvoirs de décision», *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 25, n. 1, pp. 183-231.

MARCHECO ACUÑA, B. (2018): «Los desafíos de la ciencia del derecho administrativo ante la globalización», *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 49.

MARCHETTI, B. (2010): «Justicia comunitaria y justicia global: elementos para una comparación», en PONCE SOLÉ, J. (coord.) (2010): *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, Madrid: INAP- Marcial Pons.

MARCILLA CÓRDOBA, G. (2005): «Desregulación, Estados Social y proceso de globalización», *Doxa*, n. 28, pp. 239-263.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L. (1983): «Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial», *Revista de Administración Pública*, n. 100-102, p. 1083-1099.

MATTLI, W., y BÜTHE, T. (2005): «Global private governance: lessons from a national model of setting standards in accounting», *Law and Contemporary Problems*, n. 68, n. 2, pp. 225-262.

MAYER, O. (1896): *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig: Duncker & Humboldt.

MAYER, O. (1906): *Le Droit Administratif Allemand*, traducción del original en alemán, París: V. Giard & E. Brière.

MEDINA ALCOZ, L. (2016): *Libertad y autoridad en el Derecho Administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*. Madrid: Marcial Pons.

MEILÁN GIL, J. L. (2013): *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Editorial Derecho Global. Global Law Press, Sevilla.

MELERO ALONSO, E. (2005): *Reglamentos y Disposiciones Administrativas: Análisis Teórico y Práctico*, Valladolid: Lex Nova.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs.) y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coords.) (2002): *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Civitas.

MÉNDEZ PICAZO, M.T. (2005): «Ética y responsabilidad social corporativa», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n. 823, pp. 141-150.

MENGER, A. (2016): *El Derecho Civil y los Pobres*, Madrid: Comares.

MERCADO PACHECO, P. (1994): *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*, Madrid: CEPC.

MERLE, M. (1980): *Sociología de las Relaciones Internacionales*, Madrid: Alianza (trad. R. Mesa).

MERTENS, H.J. (1997): «Lex Mercatoria: A Self-Applying System Beyond National Law?», en TEUBNER, G. (ed.), *Global Law Without State*, Dartmouth: Dartmouth Publishing Co Ltd., pp. 31-43.

MESEGUER SÁNCHEZ, V. y AVILÉS HERNÁNDEZ, M. (dirs.) (2016): *Empresas, Derechos Humanos y RSC: Una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

MEYER, T. (2008): «Soft Law as delegation», *Fordham International Law Journal*, v. 32, n. 3, pp. 888-942.

MICELI, A.P. (1977): «Forum Iuridicum: Bartolus of Sassoferrato», *Louisiana Law Review*, v. 37, n. 5, pp. 1027-1036.

MICKLETHWAIT, J. y WOOLDRIDGE, A. (2003): *The company: A short history of a revolutionary idea*. New York: Modern Library.

MIGUEL HERRERA, C. (1994): «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, n. 84, pp. 195-227.

MIR PUIGPELAT, O. (2004): *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid: Thomson-Civitas.

MIR PUIGPELAT, O. (2015): «¿Autorregulación y organismos modificados genéticamente? El sector biotecnológico como contramodelo», en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIEKER, I., *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons, pp. 67-88.

MITCHELL, A. y FARNIK, J. (2009): «Global Administrative Law: Can it bring Global Governance to Account?», *Federal Law Review*, v. 37, 327-261.

MONEREO PÉREZ, J.L. (2015): *Espacio de lo político y orden internacional: la teoría política de Carl Schmitt*, Vilassar de Dalt, Barcelona: El Viejo Topo, D.L.

- MONTT, S. (2012): *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Oxford: Hart Publishing.
- MOON, J., CRANE, A., MATTEN, D. (2005): «Can corporations be citizens? Corporate Citizenship as a Metaphor for Business Participation in Society», *Business Ethics Quarterly*, n. 15, pp. 429-453.
- MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M. (2004): *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- MUCHLINSKI, P.T. (1997): «'Global Bukowina' Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-making Community», en TEUBNER, G. (ed.), *Global Law Without State*, Dartmouth: Dartmouth Publishing Co Ltd. pp. 79-108.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid: BOE.
- NAGEL, T. (2005): «The problem on Global Justice», *Philosophy and Public Affairs*, v. 33, n. 2, pp. 113-147.
- NAWIASKY, H. (1941): *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, Köln: Verlagsanstalt Benziger & Co. AG. [traducción española en NAWIASKY, H. (2002): *Teoría General del Derecho*, Granada: Ed. Comares].
- NÉGULESCO, P. (1935): «Principes du droit international administratif», *Recueil Des Cours*, núm. 51.
- NEVES, M. (2001): «Justicia y diferencia en una sociedad global compleja», *Doxa*, n. 24, pp. 349-378.
- NIETO, A. (2000): *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel.
- NIETO GARCÍA, A. (2017): *La legitimidad de las leyes*, en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.) (2017): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: : libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, v. 1, t. 1, pp. 379-392.
- NICOLAIDIS, K. y SHAFFER, N. (2005): Transnational mutual recognition regimes: governance without global government, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, 263-317.

NINO, C.S. (1983): *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona: Ariel.

NINO, C. S. (1989): *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Barcelona: Ariel.

OLIVECRONA, K. (1939): *Law as Fact*, Londres: Milford, OUP.

OHLER, C. (2007): «Internationale Regulierung im Bereich der Finanzmarktaufsicht», en MÖLLERS, C./VOSSKUHL, A./WALTER, C (Eds.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 259-278.

ORTEGA Y GASSET, J. (1937/2013): *La rebelión de las masas*, Madrid: Austral.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2004): «Análisis Económico del Derecho y Política Criminal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. extraordinario 2, pp. 31-74.

PAREJO ALFONSO, L. (1981): *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*, Madrid: CEPC.

PARRISH, R. (2003): *Sports law and policy in the European Union*, Manchester: Manchester University Press.

PATTARO, E. (1980): *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica.*, Madrid: Reus.

PÉREZ ROYO, J., «El Estado Social», en ARAGÓN REYES, M. (dir.) (2011): *Temas Básicos de Derecho constitucional*, Pamplona: Civitas, 2ª ed., pp. 191-194.

PERNICE, I. (2002): «The Charter of Fundamental Rights in the Constitution of the European Union», *Walter Hallstein-Institut, Humboldt-Universität zu Berlin*, n. 14.

PIETRZYKOWSKI, T., GIZBERT-STUDNICKI, T. (2004): «Positivismismo blando y la distinción entre Derecho y moral», *Doxa*, n. 27, pp. 63-80.

PFLUG, H.J. (1986): *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Munich: Beck.

PONCE SOLÉ, J. (Coord.) (2010): *Derecho Administrativo Global. Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

PONCE SOLÉ, J. (2010): «Procedimiento administrativo, globalización y buena administración», PONCE SOLÉ, J. (Coord.), *Derecho Administrativo Global. Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, pp. 79-112.

POSADA, A. (1928): *Derecho Político*, Madrid: Victoriano Suárez.

POSNER, R. A. (2007): *Economic Analysis of Law*, Nueva York: Aspen Publishers [para la traducción al español vid. POSNER, R. A., (2013): *El Análisis Económico del Derecho*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España].

PRIETO LÓPEZ, L. (2013): *Suárez y el destino de la metafísica, De Avicena a Heidegger*, Madrid: BAC.

PRIETO SANCHÍS, L. (2001): «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 5, pp. 201-228.

PRIETO SANCHÍS, L. (2003): *Justicia constitucional y Derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.

PRIETO SANCHÍS, L. (2016): *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid: Trotta.

PUPPINCK, G. (2018): *Les droits de l'homme dénaturé*, Paris: CERF, Collection Idées.

RADBRUCH, G. (1952): *Filosofía del Derecho*, Madrid: Revista del Derecho Privado.

RAJPUT, A. (2012): «Advent of Investment Arbitration and Evolution of International Administrative Law», *Indian Law Institute*, v. 54, n. 2, pp. 232-247.

RAUSTIALA, K. (2002): «The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental networks and the Future of International Law», *Virginia Journal of International Law*, v. 43, n. 3, pp. 1-92.

REDFERN, A. y HUNTER, M. *et al.* (2015): *International Arbitration* (6º ed.), Oxford: OUP.

REIMER, F. (2016): *Juristische Methodenlehre*, Baden-Baden: Nomos.

REMIRO BROTONS, A. (dir.) (1997): *Derecho Internacional*. Madrid: MacGraw Hill.

RIBSTEIN, L.E. (2003): «International Implications of Sarbanes-Oxley: Raising the Rent on US Law», *Journal of Corporate Law Studies* v. 3, n. 2, pp. 299-327.

ROBACH, M. (2010): «La visión del sector privado respecto a las normas privadas. Algunos enfoques que pueden ayudar a reducir los conflictos actuales y futuros entre las normas públicas y privadas», *Conf. OIE*, pp. 15-21.

ROBBINS, L. (1935): *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2ª ed. Londres: Macmillan and Co.

ROBÉ, J.P. (1997): «Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order», en TEUBNER, G. (ed.): *Global Law Without State*, Dartmouth: Dartmouth Publishing Co Ltd., pp. 45-78.

ROBERTS, A. (2011): Comparative International Law? The role of national courts in creating and enforcing International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, v.60(1), pp. 57-92.

ROBLES MORCHÓN, G. (2006): *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, Volumen I, Madrid: Thomson Civitas (2ª Ed.) (existe 6ª ed. de 2015).

ROBLES MORCHÓN, G. (2007): *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas, Ensayo de Teoría comunicacional del Derecho*, Madrid: Thomson Civitas.

RODILLA, M.A. (2009): «Imperio de la Ley y Principios-Presentación de un debate», en LAPORTA, F.J., RUIZ MANERO, J. y RODILLA, M.A., *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 9-53.

RODRÍGUEZ, J.L. y VICENTE, D.E. (2009): «Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional», *Doxa*, n. 32, pp. 177-204.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2010): «El Derecho Administrativo Global: un derecho principal», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 76, pp. 15-68.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ G., J. I. (2016): *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Madrid: INAP.

RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S. (2002): «Normalización Industrial y Derecho Comunitario de la Competencia», *Revista de Administración Pública*, n. 158, pp. 187-212.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2005): «El art. 24.1 CE como ‘norma de conducta’ para jueces y tribunales y ‘norma de control’ para el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 74, pp. 261-278.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2007): *La Administración del Estado Social*, Madrid: Marcial Pons.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2015): «Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial», *InDret*, 1/2015, 46 pp.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2016a): *Metodología del Derecho Administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid: Marcial Pons.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2016b): «Una nueva metodología aplicativa del Derecho», *Almacén de Derecho*, 6 de jul. 2016. Disponible en <http://almacenedderecho.org/una-nueva-metodologia-aplicacion-del-derecho/> [Consultado el 2 de diciembre de 2019].

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018): «Criterios para la ordenación de las relaciones internormativas (jerarquía, competencia, prevalencia, supletoriedad y primacía aplicativa) a los cuarenta años de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978», en BARNES, J., GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., ORTEGA CARBALLO, C. y RODRÍGUEZ PUÑAL, E. (coords.): *Entre Tribunales. Libro Homenaje a Pablo García Manzano*, Madrid: Marcial Pons, pp. 97-123.

RODRÍGUEZ PINEAU, E. (1993): «European Union International *Ordre Public*», *Spanish Yearbook of International Law*, n. 3, p. 43-88.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (2011): *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, 2ª ed. Madrid, Tecnos.

ROEMER, A. (1994): *Introducción al análisis económico del Derecho*, México: Itam.

RÖHL, H. C. (2007): «Internationale Standardsetzung», en MÖLLERS, C., VOSSKUHLE, A. y WALTER, C. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 319-343.

RÖHL, H.C. (2009): Finanzmarktaufsicht, en FEHLING, M. y RUFFERT, M., *Regulierungsrecht*, Tubinga: Mohr Siebeck.

ROMANO, S. (1946): *L'Ordinamento giuridico*, (2ªed.) Firenze: Sansoni.

ROMANO, S. (1947): *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano: A. Giuffrè.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J. (1980): «El Derecho económico como categoría sistemática», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo LXXX, 2ª época.

ROSSI, G. (2004): «Método jurídico y Derecho Administrativo: la investigación de conceptos jurídicos elementales», *Cuadernos de Derecho Público*, n. 21, pp. 9-21.

ROSSI, M. (2007): «Europäisiertes internationales Umweltverwaltungsrecht», en MÖLLERS, C., VOSSKUHLE, A. y WALTER, C. (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 165-180.

RUFFERT, M. (2007): «Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrecht», en MÖLLERS, C., VOSSKUHLE, A. y WALTER, C. (Eds.) (2007): *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 395-418.

RUFFERT, M. y STEINECKE, S. (2011): *The Global Administrative Law of Science*, Springer, Heidelberg.

RUIZ MANERO, J. (2009): «Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta», en LAPORTA, F.J., RUIZ MANERO, J. y RODILLA, M.A., *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 95-120.

RUIZ MIGUEL, A. (2008): «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita», *Doxa*, n. 31, pp. 355-368.

RÜTHERS, B., FISCHER, C. Y BIRK, A. (2013): *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, Munich: C.H. Beck.

SAFAR DÍAZ, M. (2009): «Análisis económico del derecho constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública», *Revista Derecho del Estado*, n. 23, pp. 175-190.

SANDULLI, A.M. (1957): «Legge, forza di legge, valore di legge», *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, vol. 7, n. 2, pp. 269-292.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1911): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Imprenta Española.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2011): «Ordenamiento Jurídico», en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Coord.) (2011): *Temas básicos de Derecho Constitucional, Tomo I*, Madrid: Civitas, pp. 321-324.

SANZ MORENO, J.A. (2013): «El Parlamentarismo en su encrucijada: Schmitt versus Kelsen, o la reivindicación del valor de la democracia», *Revista de Estudios Políticos*, n. 162, pp. 113-118.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2006): «La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 28, pp. 221-266.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2008): *El "soft law" administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid: Civitas.

SARRIÓN ESTEVE, J. (2009): «La Carta Europea de Derechos Fundamentales: un instrumento al servicio de los ciudadanos», en *Construyendo la Ciudadanía Europea a través de los TICs*, Granada: Comares, pp. 199-224.

SASSEN, S. (2003): «The participation of States and Citizens in Global Governance», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 10, n. 5, pp. 5-28.

SAVIGNY, C. F. (1869): *A Treatise on the Conflict of Laws and the limits of their operation in respect of place and time*, Edinburgo/Londres: T. y T. Clark/Stevens and Sons.

SCHEPEL, H. (2005): *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*. Oxford: Hart.

SCHEPEL, H. (2014): «Rules of Recognition. A Legal Constructivist Approach to Transnational Private Regulation», en MUIR WATT, H. y FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (2014): *Private International Law and Global Governance*, Oxford: OUP, cap 10.

SCHMIDT-ABMANN, E. (1996), «Verwaltungs Kooperation und Verwaltungskooperationrecht in der Europäischen Gemeinschaft», *Europarecht*, n. 31, pp. 270 y ss.

SCHMIDT-ASSMANN, E. (2004): *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee*, 2ª ed. Berlin: Springer, traducción española de la edición anterior en (2003): *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid: Marcial Pons.

SCHMIDT-ABMANN, E. (2006): «La Ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, n. 171, pp. 7.34, [traducción al español de «Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen», *Der Staat*, v. 25, pp. 315 y ss.].

SCHMIDT-ASSMANN, «Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional», en SCHMIDT-ASSMANN y BARNES, J. (coords.) (2008): *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla: Editorial Derecho Global, pp. 71-112.

SCHMIDT-ASSMANN, E. (2012): Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presuestos metodológicos, en BARNÉS, J. (ed.). (2012): *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2da ed., Sevilla: Global Law Press.

SCHMITT, C. (1934): *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveranität*, München: Duncker & Humboldt, 2ª ed.

SCHMITT, C. (1961): «La tiranía de los valores», *Revista de Estudios Políticos*, n. 115, pp. 65-81.

SCHMITT, C. (1968): *Legalität und Legitimität*, 2ª ed, Berlín: Duncker & Humblot [traducción en español en SCHMITT, C. (1971): *Legalidad y Legitimidad*, Madrid: Aguilar.

SCHMITT, C. (2001): *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza.

SCHMITT, C. Y KELSEN, H. (2009): *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Madrid: Tecnos. (Traducciones de SCHMITT, C. (1931): *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr; y

KELSEN, H. (1931): *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin-Grunewald, Rothschild, Berlin-Grunewald).

SCHWAB, K. (2008): «Global Corporate Citizenship: Working With Governments and Civil Society», *Foreign Affairs*, v. 87, n. 1, pp. 107-118.

SEALY, L. y WORTHINGTON, S. (2010): *Cases and Materials in Company Law*, 9^a ed, Oxford: OUP.

SHAPIRO, M. (1993): «The Globalization of Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 1, pp. 37-64.

SHAPIRO, M. (2001): «Administrative Law Unbounded. Reflections on Government and Governance», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 8, n. 2, pp. 369-377.

SHAW, M.N. (2008): *International Law*, Cambridge: CUP.

SHIRLEY, J. (2004): International Law and the Ramifications of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.*, n. 27 501, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol27/iss2/11>.

SLAUGHTER, A.M. y BURKE-WHITE, W.W., (2002): «An International Constitutional Moment», *Harvard International Law Journal*, v. 43, n. 1, pp. 2-21.

SLAUGHTER, A. M. (2004): *A New World Order*, Princenton University Press.

SLAUGHTER, A.M. (2004b): *Power and Legitimacy in a Government Networks, The Partnership Principle, New Forms of Governance in the 21st Century*, London: Archetype Publications.

SOBRINO HEREDIA, J. M. (2008): «Preámbulo», en MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, pp. 77-106.

SODARO, M.J. (2004): *Comparative Politics*, McGraw-Hill.

SOMEK, A. (2007): «Kelsen lives», *European Journal of International Law*, v. 18, n. 3, pp. 409-451.

SOMEK, A. (2009): «The Concept of “Law” in Global Administrative Law. A Reply to Benedict Kingsbury», *European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, pp. 985-995.

SORIANO DÍAZ, R.L. (1997): *Sociología del Derecho*, Barcelona: Ariel.

STAMMLER, R. (1970): *Theorie der Rechtswissenschaft*, Darmstadt: Scientia Verlag Aalen (sobre la 2ª de 1923), edición española de (1930): *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid: Reus.

STEINBACH, A. (2016): Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 80, pp. 1-38.

STERN, K. (1987): *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, traducción del original en alemán, Madrid: CEPC.

STEWART, R.B. (2017): «Global standards for national societies», en CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 175-195.

STOLLEIS, M., PAULUS, A. y GUTIERREZ, I. (2013): *El Derecho constitucional de la globalización*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

SUÁREZ, F. S.J. (1872): *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore in decem libros distributus*, Fibreniani: Nápoles.

SUJITH, X. (2017): «Top heavy: beyond the Global North and the justification for global administrative law», *Indian Journal of International Law*, v.57(3), pp. 337-356.

SZABO, N. (1997): «Formalizing and Securing Relationships on Public Networks», *First Monday*, v. 2, n. 9.

TAPIA HERMIDA, A.J. (2010): *Las agencias de calificación crediticia: agencias de “rating”*, Cizur Menor, Navarra : Aranzadi.

TAPIA HERMIDA, A. J. (2016): «Noticias. 1. Circular 2/2016 del Banco de España (adaptación de la regulación bancaria a la UE)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 142.

TEUBNER, G. (1996): «Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus», *Rechtshistorisches Journal*, n. 15, 1996.

TEUBNER, G. (1997a): «'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society», en TEUBNER, G. (ed.), *Global Law Without State*, Dartmouth: Dartmouth Publishing Co Ltd, pp. 3-29.

TEUBNER, G. (1997c): «The King's many bodies: the self-deconstruction of Law's hierarchy», *Law & Society Review*, 31, 4; pp. 763-787.

TEUBNER, G. y KORTH, P. (2009): «Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Laws in the Double Fragmentation of World Society», en YOUNG, M. (ed.), *Regime Interaction in International Law: Theoretical and Practical Challenges*, Cambridge: CUP.

THOMA, I. (2007): *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, Tübingen: Mohr Siebeck.

TOMUSCHAT, C. (1977): «Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen. Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart», *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Basel*, 36.

TURÉGANO MANSILLA, I. (2001): «La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls», *Doxa*, n. 24, pp. 319-348.

TWINING, W. (2005): «Teoría del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 39, 597-644.

TWINING, W. (2009): *General jurisprudence: Understanding law from a global perspective*, Cambridge: CUP.

URREA SALAZAR, M. (2017): Global Law: Metodología o Nuevo Derecho, *Revista Aranzadi de Unión Europea*, n. 5-2017, pp. 87-99.

URUEÑA HERNÁNDEZ, R.F. (2017): «Global Administrative Law and the Global South», CASSESE, S. (ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 392-415.

VAN AAKEN, A. (2007): «Transnationales Kooperationsrecht Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte», en C. MÖLLERS, A. VOSSKUHL, y C. WALTER, (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, pp. 219-257.

- VAN HARTEN, G. y LOUGHLIN, M. (2006): «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law», *The European Journal of International Law*, v. 17, n.1, pp. 121-150.
- VAN VARENBERGH, A. (2005): «Regulatory Features and Administrative Law Dimensions of the Olympic Movement's Anti-Doping Regime», *ILLJ Working Paper*, 2005/11.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014): *Derecho público más Derecho privado*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.
- VERDIER, P. J. (2011): «Transnational Regulatory Networks and Their Limits», *Yale Journal of International Law*, v. 34, n. 1, pp. 114-172.
- VERDROSS, A. (1957): *Derecho Internacional Público*, Madrid: Aguilar.
- VIEHWEG, T. (1953): *Topik und Jurisprudenz*, Munich: C.H.Beck [traducción española en VIEHWEG, T. (1986): *Tópica y jurisprudencia*, Madrid: Taurus].
- VILLAR PALASÍ, J.L. (1977): *Apuntes de Derecho administrativo*, Madrid: Artigrafía/Dykinson.
- VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. (2007): *Derecho Procesal Civil Internacional: Litigación Internacional*, Pamplona: Civitas.
- VON BIERLING, E. R. (1894): *Juristische Prinzipienlehre*, Friburgo y Leipzig: Akademische Verlagbuchhandlung von J. C. Mohr.
- VON BOGDANDY, A. (2008): «Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law», *I•CON*, v. 6, n. 3-4, pp. 397-413.
- VON BOGDANDY, A. (2009): «The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe», *I • CON*, Volume 7, n. 3, pp. 364-400.
- VON BOGDANDY, A. (2011): *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, Ciudad de México: UNAM.

VON BOGDANDY, A., DANN, P. y GOLDMANN, M. (2008): «Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities», *German Law Journal*, v. 9, n. 11, pp. 1375-1400.

VON BOGDANDY, A. y DANN, P. (2008): «International Composite Administration: Conceptualizing Multi-Level and Network Aspects in the Exercise of International Public Authority», *German Law Journal*, v. 9, n. 11, pp. 2013-2039.

VON BOGDANDY, A., DANN, P. y GOLDMANN, M. (2010): «El Derecho Público Internacional como Derecho Público: Prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, AEPDIRI, Madrid: Iustel, Universidad de la Rioja, pp. 57-80.

VON HUMBOLDT, W. (2009): *Los límites de la acción de Estado*, Madrid: Tecnos.

VON IHERING, R. (1852-65): *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4 Bde. Leipzig: Breitkopf & Härtel.

VON STEIN (1882): Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, n. 6, p. 395.

WADE, W. & FORSYTH, (2011): *Administrative Law*, Oxford: OUP.

WEBER, M. (2002) (reimp.): *Economía y Sociedad*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España.

WEBER, S. (2005): «Vom juristischen Rauschen: zur rechtlichen Geltung der Standards des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht», en BRÖHMER, J.; LANGENFELD, C.; et. al. (2005): *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress*, Colonia: Karl Heymanns Verlag, pp. 1597-1609.

WEISSBRODT, D. (1984): «The contribution of international non-governmental organizations to the protection of human rights», en MERON, T. (ed.) *Human Rights in International Law*, Oxford: Clarendon Press, pp. 403-438.

WILHELM, W. (1980): *Metodología jurídica del siglo XIX*, Madrid: Edersa.

YACKEE, J.W. (2012): «Controlling the International Investment Law Agency», *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 2, pp. 392-448.

YNTEMA, H.E. (1966): «The Comity Doctrine», *Michigan Law Review*, n. 65, pp. 9 y ss.

YONG-SHIK, L. (2017): «General Theory of Law and Development», *Cornell International Law Journal*, 50, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2951317>.

YONG-SHIK, L. (2019): *Law and Development: Theory and Practice*, London: Routledge.

ZAGREBELSKY, G. (2016): *El Derecho Dúctil*, Madrid: Trotta.

ZANOBINI, G. (1917): «Sul fondamento dell'inderogabilità dei Regolamenti», *Rivista di Diritto Pubblico*.

ZANOBINI, G. (1958): *Corso di Diritto Amministrativo*, 5 vol. Milano: Giuffrè.

ZOLO, D. (2007): «Para una filosofía moderna y realista del derecho internacional», *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, Disponible en https://www.juragentium.org/topics/thil/es/zolo.htm#*.

ZUMBANSEN, P. (2012): «Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance & Legal Pluralism», *Osgoode CLPE Research Paper*, 21/2011.

ZUMBANSEN, P. (2013): «Transnational Private Regulatory Governance: ambiguities of Public Authority and Private Power», *Law and Contemporary Problems*, v. 76, n. 2, pp. 118-138.